

**Ivanhoe inc., Service d'entretien Empro inc. and Compagnie d'entretien d'édifice Arcade ltée** *Appellants*

v.

**United Food and Commercial Workers, Local 500, Labour Court, Réal Bibeault (in his capacity as labour commissioner), Labour Commissioner General and Judge Bernard Prud'homme (in his capacity as judge of the Labour Court)** *Respondents*

and

**Distinction Service d'entretien inc. (in continuance of suit for Prestige Maintenance inc.), 2621-3249 Québec inc. (in continuance of suit for Service d'entretien Laurier) and Moderne Service d'entretien d'immeubles inc.** *Mis en cause*

and between

**Distinction Service d'entretien inc. (in continuance of suit for Prestige Maintenance inc.)** *Appellant*

v.

**United Food and Commercial Workers, Local 500, Réal Bibeault (in his capacity as labour commissioner), Labour Commissioner General, Judge Bernard Prud'homme (in his capacity as judge of the Labour Court) and Labour Court** *Respondents*

and

**Ivanhoe inc., Service d'entretien Empro inc., Compagnie d'entretien d'édifice Arcade ltée,**

**Ivanhoe inc., Service d'entretien Empro inc. et Compagnie d'entretien d'édifice Arcade ltée** *Appelantes*

c.

**Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 500, Tribunal du travail, Réal Bibeault (ès qualités de commissaire du travail), Commissaire général du travail et Monsieur le juge Bernard Prud'homme (ès qualités de juge du Tribunal du travail)** *Intimés*

et

**Distinction Service d'entretien inc. (en reprise d'instance pour Prestige Maintenance inc.), 2621-3249 Québec inc. (en reprise d'instance pour Service d'entretien Laurier) et Moderne Service d'entretien d'immeubles inc.** *Mises en cause*

et entre

**Distinction Service d'entretien inc. (en reprise d'instance pour Prestige Maintenance inc.)** *Appelante*

c.

**Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 500, Réal Bibeault (ès qualités de commissaire du travail), Commissaire général du travail, Monsieur le juge Bernard Prud'homme (ès qualités de juge du Tribunal du travail) et Tribunal du travail** *Intimés*

et

**Ivanhoe inc., Service d'entretien Empro inc., Compagnie d'entretien d'édifice Arcade ltée,**

**2621-3249 Québec inc. (in continuance of suit for Service d'entretien Laurier) and Moderne Service d'entretien d'immeubles inc.** *Mis en cause*

and between

**Ivanhoe inc.** *Appellant*

v.

**United Food and Commercial Workers, Local 500, Labour Court, Jean Boily (in his capacity as labour commissioner), Labour Commissioner General and Judge Bernard Prud'homme (in his capacity as judge of the Labour Court)** *Respondents*

and between

**United Food and Commercial Workers, Local 500** *Appellant*

v.

**Ivanhoe inc., Service d'entretien Empro inc., Compagnie d'entretien d'édifice Arcade ltée, Distinction Service d'entretien inc. (in continuance of suit for Prestige Maintenance inc.) and 2621-3249 Québec inc. (in continuance of suit for Service d'entretien Laurier)** *Respondents*

and

**Réal Bibeault (in his capacity as labour commissioner), Judge Bernard Prud'homme (in his capacity as judge of the Labour Court) and Moderne Service d'entretien d'immeubles inc.** *Mis en cause*

INDEXED AS: IVANHOE INC. v. UFCW, LOCAL 500

**2621-3249 Québec inc. (en reprise d'instance pour Service d'entretien Laurier) et Moderne Service d'entretien d'immeubles inc.** *Mises en cause*

et entre

**Ivanhoe inc.** *Appelante*

c.

**Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 500, Tribunal du travail, Jean Boily (ès qualités de commissaire du travail), Commissaire général du travail et Monsieur le juge Bernard Prud'homme (ès qualités de juge du Tribunal du travail)** *Intimés*

et entre

**Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 500** *Appelant*

c.

**Ivanhoe inc., Service d'entretien Empro inc., Compagnie d'entretien d'édifice Arcade ltée, Distinction Service d'entretien inc. (en reprise d'instance pour Prestige Maintenance inc.) et 2621-3249 Québec inc. (en reprise d'instance pour Service d'entretien Laurier)** *Intimées*

et

**Réal Bibeault (ès qualités de commissaire du travail), Monsieur le juge Bernard Prud'homme (ès qualités de juge du Tribunal du travail) et Moderne Service d'entretien d'immeubles inc.** *Mis en cause*

RÉPERTORIÉ : IVANHOE INC. c. TUAC, SECTION LOCALE 500

**Neutral citation: 2001 SCC 47.**

File No.: 27121.

2000: October 30; 2001: July 13.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache and Arbour JJ.

## ON APPEAL FROM THE QUEBEC COURT OF APPEAL

*Labour law — Transfer of operation of part of undertaking — Subcontracting of janitorial services — Definition of undertaking — Legal relationship between successive employers — Degree of autonomy subcontractors given — Theory of retrocession — Contract for janitorial services awarded to new subcontractors — Decision of labour commissioner finding transfer of operation of part of undertaking and transferring certification but not collective agreement to new subcontractors — Whether commissioner adopted functional definition of undertaking and rejected requirement for legal relationship between former and new employer — Whether commissioner may transfer certification and refuse to transfer collective agreement — Labour Code, R.S.Q., c. C-27, s. 45.*

*Labour law — Certification — Transfer of operation of part of undertaking — Subcontracting of janitorial services — Petition for cancellation of certification — Interest required — Whether former employer has interest required for presenting petition for cancellation of certification despite having no employees — If so, whether certification granted in respect of former employer may be cancelled during term of transfer of operation — Labour Code, R.S.Q., c. C-27, s. 41.*

*Administrative law — Judicial review — Standard of review — Labour Court — Standard of review applicable to decisions of Labour Court in relation to whether undertaking alienated or operated by another — Labour Code, R.S.Q., c. C-27, ss. 45, 46.*

*Administrative law — Judicial review — Standard of review — Labour Court — Standard of review applicable to decisions of Labour Court in relation to cancellation of union's certification — Labour Code, R.S.Q., c. C-27, ss. 41, 139.*

Ivanhoe is a property management company. It handled janitorial services at its buildings itself until 1989,

**Référence neutre : 2001 CSC 47.**

N° du greffe : 27121.

2000 : 30 octobre; 2001 : 13 juillet.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache et Arbour.

## EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Droit du travail — Concession partielle d'une entreprise — Sous-traitance de l'entretien ménager — Définition d'entreprise — Lien de droit entre employeurs successifs — Degré d'autonomie accordé aux sous-traitants — Théorie de la rétrocession — Contrat d'entretien ménager octroyé à de nouveaux sous-traitants — Décision du commissaire du travail concluant à l'existence d'une concession partielle d'entreprise et transférant l'accréditation mais non la convention collective aux nouveaux sous-traitants — Le commissaire a-t-il adopté une conception fonctionnelle de l'entreprise et rejeté l'exigence d'un lien de droit entre l'employeur précédent et le nouvel employeur? — Le commissaire peut-il transférer l'accréditation et refuser le transfert de la convention collective? — Code du travail, L.R.Q., ch. C-27, art. 45.*

*Droit du travail — Accréditation — Concession partielle d'une entreprise — Sous-traitance de l'entretien ménager — Requête en révocation de l'accréditation — Intérêt requis — L'ancien employeur a-t-il l'intérêt requis pour présenter une requête en révocation de l'accréditation malgré l'absence de salariés? — Dans l'affirmative, l'accréditation de l'ancien employeur peut-elle être révoquée pendant la durée de la concession? — Code du travail, L.R.Q., ch. C-27, art. 41.*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Tribunal du travail — Norme de contrôle applicable aux décisions du Tribunal du travail relatives à l'existence d'une aliénation ou concession d'entreprise — Code du travail, L.R.Q., ch. C-27, art. 45, 46.*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Tribunal du travail — Norme de contrôle applicable aux décisions du Tribunal du travail relatives à la révocation de l'accréditation d'un syndicat — Code du travail, L.R.Q., ch. C-27, art. 41, 139.*

Ivanhoe est une société immobilière de gestion. En 1989, elle cesse d'effectuer elle-même l'entretien ména-

when it contracted those services to Moderne. All of Ivanhoe's janitorial employees were then transferred to Moderne. The labour commissioner granted a motion under s. 45 of the *Labour Code* for recognition of the transfer of the certification and collective agreement to Moderne. In 1991, when its contract with Moderne was about to expire, Ivanhoe invited bids for a new janitorial contract. Moderne did not bid, but it signed a new collective agreement with its janitorial employees. Ivanhoe decided to engage four contractors, and when Moderne's contract expired it dismissed the entire janitorial staff responsible for Ivanhoe's buildings. There is no legal relationship between Moderne and the four contractors, which employed their own staff and used their own equipment. The work performed by the contractors' employees was the same as the work that had been done for Moderne and previously for Ivanhoe.

The union applied again under s. 45 to have the certification and the collective agreement signed with Moderne transferred to the contractors. Ivanhoe applied under s. 41 of the Code to have the union's certification cancelled with respect to itself. The labour commissioner allowed the motion under s. 45 in part and found that the certification that originally covered Ivanhoe, but not the collective agreement signed by Moderne and the union, had to be transferred to the new contractors. A second commissioner dismissed the petition for cancellation of the certification. The Labour Court affirmed the commissioners' decisions. It found that operation of part of an undertaking had been transferred — the right to operate the janitorial services — and that s. 45 had to be applied since the tests in *Bibeault* had been met. The requirement that there be a legal relationship between successive employers had also been met since when the Moderne contract expired, Ivanhoe resumed its legal authority over the part of the undertaking which had been operated by another, and transferred it afresh to the contractors. The Labour Court dismissed the union's appeal regarding the transfer of the collective agreement with Moderne because that agreement had lapsed when the contract expired and could not be transferred to the new contractors. It also refused to transfer the last collective agreement signed by Ivanhoe with the union that had expired in 1989. With respect to the petition for cancellation of the certification, the Labour Court concluded that a company which contracts out work cannot rid itself permanently of the certification during a period when an undertaking is temporarily operated by another.

ger de ses immeubles et confie, en vertu d'un contrat, cet entretien à la compagnie Moderne. Tous les préposés à l'entretien d'Ivanhoe sont alors transférés à Moderne. Le commissaire du travail accueille une requête présentée en vertu de l'art. 45 du *Code du travail* afin de faire reconnaître la transmission de l'accréditation et de la convention collective à Moderne. En 1991, à l'approche de l'expiration de son contrat avec Moderne, Ivanhoe fait un appel d'offres en vue de signer un nouveau contrat d'entretien. Bien que Moderne ne soumissionne pas, elle signe une nouvelle convention collective avec ses préposés d'entretien. Ivanhoe retient les services de quatre entrepreneurs et, à l'expiration du contrat, Moderne licencie tous ses salariés affectés à l'entretien ménager des immeubles d'Ivanhoe. Il n'existe aucun lien de droit entre Moderne et ces quatre entrepreneurs. Ceux-ci emploient leur propre personnel et utilisent leur propre matériel. Les fonctions exercées par les salariés des entrepreneurs sont les mêmes que celles exercées chez Moderne et, antérieurement, chez Ivanhoe.

Le syndicat présente une nouvelle requête en vertu de l'art. 45 pour que l'accréditation, de même que la convention collective signée avec Moderne, soient transférées aux entrepreneurs. Pour sa part, Ivanhoe présente, en vertu de l'art. 41 du Code, une requête, pour faire révoquer l'accréditation du syndicat en ce qui la concerne. Le commissaire du travail accueille en partie la requête fondée sur l'art. 45 et conclut que l'accréditation qui visait à l'origine Ivanhoe, mais non la convention collective signée par Moderne et le syndicat, doit être transmise aux nouveaux entrepreneurs. Un deuxième commissaire rejette la requête en révocation de l'accréditation. Le Tribunal du travail confirme les décisions des commissaires. Il conclut qu'il s'agit d'une concession partielle d'entreprise — l'octroi d'un droit d'exploitation de l'entretien ménager — et que l'art. 45 doit s'appliquer puisque les critères de l'arrêt *Bibeault* sont réunis. L'exigence d'un lien de droit entre employeurs successifs est respectée parce que, à l'expiration du contrat de Moderne, Ivanhoe a repris son autorité juridique sur la partie d'entreprise concédée et l'a transmise à nouveau aux entrepreneurs. Le tribunal rejette l'appel du syndicat portant sur le transfert de la convention collective conclue avec Moderne puisque cette convention est devenue caduque à l'expiration du contrat d'entretien et n'a pu être transférée aux nouveaux entrepreneurs. Il refuse également de transférer aux nouveaux entrepreneurs la dernière convention collective signée par Ivanhoe avec le syndicat et arrivée à expiration en 1989. En ce qui concerne la requête en révocation de l'accréditation, le tribunal conclut qu'un donneur d'ouvrage ne

The Superior Court dismissed the applications for judicial review brought by the union, Ivanhoe and three of the contractors. The Court of Appeal affirmed that decision.

*Held* (Bastarache J. dissenting in part): The appeals should be dismissed.

*Per* McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major and Arbour JJ.: Under the pragmatic and functional approach adopted by this Court, the standard of review to be applied to decisions relating to s. 45 of the *Labour Code* must be patent unreasonableness. Although *Bibeault* held, in 1988, that the applicable standard was correctness, there have been major changes since that time. First, the labour commissioners have developed their own expertise in this regard; most importantly, s. 46 of the Code itself has been amended. By amending that section, the legislature made an unequivocal statement that its intent was to give the commissioner exclusive jurisdiction to determine whether an undertaking had been alienated or was being operated by another. As well, the standard of review applicable to decisions relating to the application of s. 41 of the Code is patent unreasonableness. The relevant factors in determining the standard of review, and particularly the full privative clauses set out in the *Labour Code*, confirm this.

In *Bibeault*, this Court concluded that there must be a consensual legal transfer of the undertaking from one employer to another and adopted the organic definition of an undertaking. That decision was based on a very particular fact situation and was intended to put an end to the debate that had divided the Labour Court on these two questions. The conclusions in *Bibeault* regarding the definition of an undertaking and the legal relationship that must exist between the former employer and the new employer must be understood in that context. After the decision in *Bibeault*, the Labour Court has developed interpretive policies regarding the two issues that are accepted and followed by virtually all of its members. The existence of a settled consensus in a specialized administrative tribunal acting within its jurisdiction should be a factor in favour of a very high degree of deference on the part of the superior courts. In a situation like this, judicial deference makes it possible both to respect the decision-making autonomy of administrative tribunals and to ensure consistency and predictability of the law. This ideal balance should only be dis-

put, pendant la durée d'une concession temporaire, se libérer de l'accréditation de façon permanente. La Cour supérieure rejette les requêtes en révision judiciaire présentées par le syndicat, Ivanhoe et trois des entrepreneurs. La Cour d'appel confirme cette décision.

*Arrêt* (le juge Bastarache est dissident en partie) : Les pourvois sont rejetés.

Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major et Arbour : En vertu de l'approche pragmatique et fonctionnelle adoptée par cette Cour, la norme de contrôle applicable aux décisions portant sur l'art. 45 du *Code du travail* doit être celle de l'erreur manifestement déraisonnable. Bien que l'arrêt *Bibeault* ait conclu, en 1988, que la norme applicable était celle de l'erreur simple, des changements importants sont survenus depuis. Tout d'abord, les commissaires du travail ont développé leur expertise propre en la matière, mais surtout, le texte de l'art. 46 du Code a été modifié. En modifiant cet article, le législateur a indiqué de façon non équivoque son intention de laisser à la compétence exclusive du commissaire la question de décider de la présence d'une aliénation ou d'une concession d'entreprise. Également, la norme de contrôle applicable aux décisions relatives à l'application de l'art. 41 du Code est celle de l'erreur manifestement déraisonnable. Les facteurs pertinents pour la détermination de la norme de contrôle, en particulier, les clauses privatives générales prévues au *Code du travail*, le confirment.

Dans l'arrêt *Bibeault*, la Cour a conclu à la nécessité d'une transmission juridique consensuelle de l'entreprise d'un employeur à l'autre et a adopté la définition organique de l'entreprise. Cet arrêt est fondé sur un contexte factuel bien particulier et visait à mettre fin aux controverses qui divisaient le Tribunal du travail relativement à ces deux questions. Les conclusions de l'arrêt *Bibeault* quant à la définition d'une entreprise et quant au lien de droit requis entre l'employeur précédent et le nouvel employeur doivent être comprises dans ce contexte. Le Tribunal du travail a réussi, depuis l'affaire *Bibeault*, à développer sur ces deux questions des politiques d'interprétation qui sont acceptées et suivies par la presque totalité de ses membres. La présence d'un consensus bien établi au sein d'un tribunal administratif spécialisé agissant dans les limites de sa compétence milite en faveur d'un très haut degré de retenue de la part des tribunaux supérieurs. Dans une situation comme la présente, la retenue judiciaire permet d'assurer le respect de l'autonomie décisionnelle des tribunaux administratifs tout en favorisant le principe de la cohérence

turbed by the superior courts where there are clearly absurd or irrational results.

The labour commissioner and the Labour Court had the authority, by virtue of the *Labour Code* and the decisions of this Court, to assess the respective importance of the various components of the undertaking and to conclude in this case that the transfer of a right to operate, combined with the transfer of functions, was sufficient to result in s. 45 being applied, under the organic definition of an undertaking. The only requirement that those decisions impose in respect of identifying an undertaking or part of an undertaking for the purpose of applying s. 45 is that an organic rather than a functional definition of an undertaking be adopted, although in some cases similarity of functions may still be decisive, where the undertaking has no other special characteristics. The tests that are to be applied in defining the concept of an undertaking, in the context of the transfer of certification, therefore vary with the specific circumstances of each case and the administrative tribunals charged with applying s. 45 enjoy wide discretion in determining and weighing the factors they apply in defining an undertaking and are at liberty to develop specific tests to respond to the situation in a given industry. With regard to subcontracting of janitorial services, after *Bibeault*, the Labour Court developed tests to be used in order to make consistent determinations as to whether the operation of part of an undertaking had been transferred. Where part of the operation is transferred, it is simply not necessary that the portion of the activities transferred be essential to the purpose of the undertaking as a whole. The only requirement laid down by *Bibeault* is actually that the elements that characterize the essence of the part of the undertaking be transferred. On the question of the degree of autonomy that must be granted to the transferee in order for it to be concluded that an undertaking has been transferred, where the main characteristic of the part of the undertaking operated by another consists, as it does in this case, of the specific right to operate on the premises of the main undertaking, the part transferred cannot enjoy wholly autonomous existence. In such a situation, it is sufficient that the transferee be legally independent and be responsible for the work performed by its employees, even if the transferor continues to exercise administrative or legal control under a contract. Otherwise, there could be no transfer of the operation of part of an undertaking's support services. In this case, that was the approach adopted by the Labour Court. That approach is

et de la prévisibilité du droit. Cet équilibre idéal ne devrait être ébranlé par les tribunaux supérieurs qu'en cas de résultats clairement absurdes ou irrationnels.

Le commissaire et le Tribunal du travail avaient le pouvoir, en vertu du *Code du travail* et de la jurisprudence de notre Cour, d'évaluer l'importance respective des diverses composantes de l'entreprise et de conclure en l'espèce que le transfert d'un droit d'exploitation, jumelé au transfert des fonctions, suffisait pour entraîner l'application de l'art. 45 en vertu de la conception organique de l'entreprise. La seule exigence posée par la jurisprudence pour l'identification d'une entreprise ou d'une partie d'entreprise dans le cadre de l'application de l'art. 45 est celle d'adopter une conception organique plutôt que fonctionnelle de l'entreprise, même s'il demeure possible, dans certains cas, que la similitude des fonctions soit déterminante, en l'absence d'autres caractéristiques propres à l'entreprise. Les critères applicables pour définir la notion d'entreprise, dans le cadre du transfert de l'accréditation, varient donc en fonction des circonstances particulières de chaque affaire et les organismes administratifs chargés d'appliquer l'art. 45 possèdent une importante marge de manœuvre pour établir et pondérer les critères applicables à la définition d'une entreprise. Ils sont libres d'élaborer des critères particuliers pour répondre à la situation en vigueur dans une industrie donnée. En ce qui a trait à la sous-traitance de l'entretien ménager, le Tribunal du travail a élaboré, à la suite de l'arrêt *Bibeault*, des critères lui permettant de déterminer de façon cohérente si une concession partielle d'entreprise a eu lieu. En cas de concession partielle, il n'est pas nécessaire que le secteur d'activité concédé soit essentiel à la fin poursuivie par l'ensemble de l'entreprise. La seule exigence posée par *Bibeault* est plutôt que les éléments qui caractérisent l'essence de la partie d'entreprise concédée soient transférés. Quant au degré d'autonomie devant être conféré au concessionnaire afin de conclure à un transfert d'entreprise, lorsque, comme en l'espèce, la caractéristique principale de la partie d'entreprise concédée consiste en un droit d'exploitation spécial des locaux de l'entreprise principale, cette partie concédée ne peut avoir une existence complètement autonome. Dans une telle situation, il suffit que le concessionnaire conserve une indépendance juridique et demeure responsable du travail exécuté par ses employés, même si le concédant continue d'exercer un contrôle administratif ou juridique en vertu d'un contrat. Autrement, la concession partielle des activités de soutien à l'entreprise s'avérerait impossible. Dans la présente affaire, c'est l'approche qui a été adoptée par le

a reasonable interpretation of s. 45 which does not conflict with *Bibeault*.

Nor does transferring the certification to the four new contractors when the contract with Moderne expired conflict with the requirement that there be a legal relationship between successive employers, which was laid down in *Bibeault* — a case in which the certification was not, as it was in this case, originally granted in respect of the party which had contracted out the work. To give effect to the purpose of s. 45 in cases involving the temporary transfer of the operation of an undertaking, the Labour Court developed the theory of retrocession, according to which a certification originally granted in respect of the transferor remains with it, but is temporarily inactive during the period of operation by another and is then transferred to the successive subcontractors. An essentially temporary transfer of the operation of an undertaking therefore does not operate to permanently terminate the certification. Under that theory, when its contract with Moderne expired, Ivanhoe took back responsibility for its undertaking and was once again bound by the certification, which was then transferred to the new contractors. The fact that there was no formal juridical act of alienation when the transfer of operation to Moderne expired is not an insurmountable barrier to transfer of the certification, since the transfer of operation of an undertaking which results in s. 45 applying can take different legal forms. In the instant case, the undertaking was transferred by way of a retrocession agreed upon by the parties in advance at the time the term of the transfer was negotiated. The interpretation by the Labour Court of the requirement that there be a legal relationship between successive employers and of its application to situations in which an original certification has been granted in respect of the transferor is a reasonable exercise of its jurisdiction. The fiction of the potential employer that the Labour Court has developed allows s. 45 to be applied without it being necessary for the party that contracted out the work to actually take back the operation of the undertaking that had been transferred.

Although, generally speaking, transfer of both the collective agreement and the certification will follow from a decision finding that an undertaking has been alienated or is being operated by another, the decision of the labour commissioner and of the Labour Court to transfer only the certification to the new contractors is not patently unreasonable. By enacting s. 46 of the *Labour Code*, the legislature gave the responsibility for settling difficulties arising out of the application of s. 45 to labour commissioners and the Labour Court. Those

Tribunal du travail. Cette approche constitue une interprétation raisonnable de l'art. 45 qui n'est pas incompatible avec l'arrêt *Bibeault*.

Le transfert de l'accréditation aux quatre nouveaux entrepreneurs à l'expiration du contrat conclu avec Moderne n'est pas incompatible non plus avec l'exigence d'un lien de droit entre employeurs successifs énoncée dans l'arrêt *Bibeault* — une affaire où le donneur d'ouvrage n'était pas, comme en l'espèce, initialement visé par l'accréditation. Pour donner effet à l'objet de l'art. 45 dans les cas de concessions temporaires d'entreprise, le Tribunal du travail a élaboré la théorie de la rétrocession, selon laquelle une accréditation qui visait à l'origine un donneur d'ouvrage demeure en suspens chez lui pendant la durée d'une concession, pour être ensuite transférée aux sous-traitants successifs. Une concession essentiellement temporaire ne met donc pas fin de façon permanente à l'accréditation. En vertu de cette théorie, Ivanhoe a repris, à l'expiration du contrat avec Moderne, la responsabilité de son entreprise, se trouvant de nouveau visée par l'accréditation qui a été transférée par la suite aux nouveaux entrepreneurs. L'absence d'acte formel d'aliénation à l'expiration de la concession en faveur de Moderne ne constitue pas un obstacle insurmontable au transfert de l'accréditation, puisque la concession d'entreprise entraînant l'application de l'art. 45 peut prendre différentes formes juridiques. Dans la présente affaire, l'entreprise a été transmise au moyen d'une rétrocession sur laquelle les parties s'étaient entendues à l'avance au moment de déterminer la durée de la concession. L'interprétation que fait le Tribunal du travail de l'exigence d'un lien de droit entre employeurs successifs et de son application aux situations où le donneur d'ouvrage est visé par une accréditation initiale constitue un exercice raisonnable de sa compétence. La fiction de l'employeur potentiel, développée par le tribunal, permet l'application de l'art. 45 sans qu'il soit nécessaire que le donneur d'ouvrage reprenne, dans les faits, l'exploitation de l'entreprise concédée.

Bien que, de façon générale, une décision constatant la présence d'une aliénation ou d'une concession d'entreprise entraînera le transfert à la fois de la convention collective et de l'accréditation, la décision du commissaire et du Tribunal du travail de ne transférer en l'espèce que l'accréditation aux nouveaux entrepreneurs n'est pas manifestement déraisonnable. En édictant l'art. 46 du *Code du travail*, le législateur a confié aux commissaires et au Tribunal du travail le règlement des difficultés découlant de l'application de l'art. 45. Il

authorities must settle these issues, which are central to their specialized jurisdiction, on a daily basis. The solution adopted in this case allows the new employers, which are bound by the certification, to enter into negotiations with the association of employees without being bound by an agreement signed by one of their competitors, or by an agreement that has become obsolete. The fact that there are other solutions that could have been adopted, some of which would have enabled the employees to keep their jobs, is insufficient to justify judicial review. The recognition by the legislature and the courts that there are many potential solutions to a dispute is the very essence of the patent unreasonableness standard of review, which would be meaningless if it was found that there is only one acceptable solution. Since the principles that are applied do not result in absurdity, judicial review will be appropriate only where the results are clearly irrational.

Ivanhoe was entitled to submit its petition for cancellation of the certification under s. 41 of the *Labour Code* despite the fact that it had no employees. Recognizing that Ivanhoe has the necessary interest to present the petition does not mean that Ivanhoe is being regarded as a “present employer”. The mere fact that an employer’s name appears on the certificate of certification is sufficient in itself to give the employer the interest that is needed to present a petition for cancellation. The Labour Court, acting within its jurisdiction, has laid down rational tests for determining the employer in respect of which, in the event of a temporary transfer of the operation of an undertaking resulting in the application of s. 45, the representativeness of the union should be verified for the purpose of determining whether the certification should be cancelled. The employer that contracted out the work will be free to seek cancellation if it takes back control of its undertaking; for the term of the transfer, however, the transferee to which the certification actually applies must present the petition if it believes that the association no longer represents the majority of the employees in the bargaining unit. Since it is reasonable to conclude that an employer cannot rid itself of a certification by arranging for a temporary transfer of the operation of an undertaking, it may be equally appropriate to deny it cancellation of the certification during the period covered by the transfer, on the ground that the fact that it has no employees results precisely from the temporary transfer of the undertaking. Such an approach permits consistent application of ss. 41 and 45 of the Code to temporary transfer situations. That approach, which was adopted by the labour commissioner and the Labour Court in this case, is not

s’agit de questions que ces décideurs doivent trancher sur une base quotidienne et qui se situent au cœur de leur compétence spécialisée. La solution adoptée dans la présente affaire permet aux nouveaux employeurs, liés par l’accréditation, d’entamer des négociations avec l’association de salariés sans être liés par une convention signée par un de leurs concurrents ou par une convention devenue périmée. Le fait que d’autres solutions auraient pu être adoptées, dont certaines auraient permis aux salariés de conserver leur emploi, ne saurait suffire pour justifier la révision judiciaire. La reconnaissance par le législateur et les tribunaux de la multiplicité de solutions qui peuvent être apportées à un différend constitue l’essence même de la norme de contrôle fondée sur l’erreur manifestement déraisonnable, qui perdrait tout son sens si l’on devait juger qu’une seule solution est acceptable. Les principes appliqués ne créant pas d’absurdité, la révision judiciaire ne sera appropriée qu’en cas de résultats clairement irrationnels.

Ivanhoe avait le droit de présenter sa requête en révocation de l’accréditation en vertu de l’art. 41 du *Code du travail* malgré l’absence de salariés. Le fait de reconnaître qu’Ivanhoe possède l’intérêt requis pour présenter cette requête ne signifie pas que l’on considère Ivanhoe comme un « employeur actuel ». Pour avoir l’intérêt requis pour présenter une requête en révocation de l’accréditation, il suffit que le nom de l’employeur apparaisse au certificat d’accréditation. Le Tribunal du travail, agissant dans les limites de sa compétence, a élaboré des critères rationnels permettant de déterminer auprès de quel employeur doit se faire, en cas de concession temporaire d’entreprise entraînant l’application de l’art. 45, la vérification du caractère représentatif du syndicat pour déterminer si l’accréditation doit être révoquée. Le donneur d’ouvrage demeure libre de demander la révocation s’il reprend le contrôle de son entreprise, mais pour la durée de la concession, c’est plutôt le concessionnaire effectivement visé par l’accréditation qui doit présenter la requête s’il juge que l’association ne représente plus la majorité des salariés de l’unité de négociation. S’il est raisonnable de conclure qu’un employeur ne saurait se défaire d’une accréditation par le truchement d’une concession temporaire d’entreprise, il peut être tout aussi approprié de lui refuser la révocation de l’accréditation pendant la durée de cette concession, au motif que l’absence de salariés résulte précisément de cette transmission temporaire de l’entreprise. Une telle approche permet une application cohérente des art. 41 et 45 du Code aux situations de concession temporaire. Cette approche, adoptée par le commissaire et le Tribunal du travail en l’espèce, n’est pas manifestement déraisonnable. Finalement, au sujet



patently unreasonable. Lastly, on the question of the time period prescribed for presenting the petition for cancellation, the labour commissioner implicitly accepted that the calculation of the time period must be based on the last collective agreement signed by Ivanhoe rather than on the agreements that its transferees might have made. In so doing, the commissioner and the Labour Court made a decision that was entirely within their jurisdiction to make. That approach to calculating the time period is consistent with the principles laid down by the Labour Court, which provide that collective agreements negotiated by subcontractors cannot be binding on the party that contracted out the work. However, although Ivanhoe presented its petition at the proper time, the commissioner had the authority to deny it on the merits because the certification was in effect in respect of another employer, Ivanhoe's transferee, on a temporary basis.

*Per* Bastarache J. (dissenting in part): A legal relation between successive employers is required in order to trigger successorship provisions. On the law as it has been modified by *Ajax*, there need not be a strict mutual, intentional, or consensual transfer. The legal relation between successive employers can be based on a mere historical connection. Here, the legal relation required in order to establish a sufficient organizational nexus is not satisfied and the successorship provision should not be triggered. There is no history of any corporate connection or evidence of any kind of relationship between the party who would be, for the purpose of s. 45 of the *Labour Code*, the "new employer" and the party who would be the "former employer". The present case is rather a situation in which one contractor loses his contract to another with whom he has no connection.

*Bibeault's* definition of "undertaking" for the purpose of s. 45 of the *Labour Code*, unchanged by *Ajax*, cannot consist merely of work, tasks or functions performed by the employees under the former employer. Something more must be sold or operated by another in order for the successorship provision to be triggered. To allow mere functions to constitute an undertaking in situations where there is nothing else to be passed amounts to a return to a purely functional definition of undertaking which was prohibited in *Bibeault*. The factual distinction between the present case and *Bibeault* is not material to *Bibeault's* prohibition of the functional definition of an undertaking. An agreement to ignore *Bibeault* or to undermine the organic definition in *Bibeault* should not acquire the force of law simply because the Labour

du délai pour présenter la requête en révocation, le commissaire du travail a accepté implicitement que le calcul des délais se fasse à partir de la dernière convention collective signée par Ivanhoe et non de celles que ses concessionnaires ont pu conclure. Ce faisant, le commissaire et le Tribunal du travail ont pris une décision se situant entièrement dans les limites de leur compétence. Une telle approche quant au calcul des délais est conforme aux principes élaborés par le tribunal voulant que les conventions collectives négociées par des sous-traitants ne puissent lier le donneur d'ouvrage. Cependant, bien qu'Ivanhoe ait présenté sa requête en temps opportun, le commissaire avait le pouvoir de la rejeter sur le fond parce que l'accréditation était en vigueur de façon temporaire chez un autre employeur, en l'occurrence son concessionnaire.

*Le juge Bastarache (dissident en partie) : L'existence d'un lien de droit entre employeurs successifs est nécessaire pour que les dispositions relatives à la succession d'entreprise s'appliquent. Selon la règle modifiée par l'arrêt Ajax, il n'est pas nécessaire que le transfert soit strictement consensuel ou fondé sur une intention commune. Le lien de droit entre employeurs successifs peut résulter d'un simple lien historique. En l'espèce, l'exigence du lien de droit requis pour établir l'existence d'un lien organisationnel suffisant n'est pas respectée et la disposition relative à la succession d'entreprise ne doit pas s'appliquer. Il n'y a jamais eu aucun lien d'entreprise — et il n'existe aucune preuve de l'existence de quelque relation que ce soit — entre la partie qui serait « le nouvel employeur », pour l'application de l'art. 45 du Code du travail, et celle qui serait « l'employeur précédent ». Nous sommes plutôt en présence ici d'une situation où un entrepreneur perd son contrat au profit d'un autre entrepreneur avec lequel il n'a aucun lien.*

Selon la définition donnée dans l'arrêt *Bibeault*, qui n'a pas été modifiée par l'arrêt *Ajax*, pour l'application de l'art. 45 du *Code du travail*, une entreprise ne saurait comprendre uniquement les travaux et les tâches que les salariés exécutaient pour l'employeur précédent, ni les fonctions qu'ils exerçaient pour lui. Pour que la disposition relative à la succession d'entreprise s'applique, il faut que quelque chose de plus soit vendu ou concédé. Permettre que de simples fonctions constituent une entreprise dans les cas où il n'y a rien d'autre à transférer constitue un retour à une définition purement fonctionnelle du terme « entreprise » qui a été interdite dans l'arrêt *Bibeault*. La distinction factuelle entre la présente affaire et l'arrêt *Bibeault* n'a aucune importance en ce qui concerne l'interdiction par l'arrêt *Bibeault* de la

Court has agreed to do it and has more or less consistently taken that approach. It is patently unreasonable to use an approach to the definition of an undertaking that is inconsistent with *Bibeault*.

The concept of “potential employer” or retrocession — where upon the termination of Moderne’s contract, the undertaking would have returned to Ivanhoe in order to be re-transferred to the four new contractors — is a patently unreasonable interpretation of s. 45 and is in no way supported by the text of that provision. The provision itself gives no indication that it is meant to apply to more than the last two actual employers in a line of successive employers. This is particularly true in this case where no employees are being transferred and Ivanhoe, the potential employer, to which the undertaking would be returned, has no employees to receive the benefit of the transferred certification. Moreover, retrocession is an entirely fictional operation. While the law admits of instances of “legal fiction”, it is not acceptable in the context of labour legislation. Ivanhoe ceased being the employer of the janitorial staff when it transferred all of those employees to Moderne. When the contract between Ivanhoe and Moderne came to an end, these employees were dismissed by the latter and Ivanhoe did not become their employer again. Ivanhoe did not re-enter the business of performing these janitorial services and the new companies performing the work did not include any Moderne or former-Ivanhoe employees. It is patently unreasonable to keep the certification alive through an artificial interpretation of s. 45. Although Ivanhoe retained the power to consign the undertaking at the end of the contract and could, without the concept of retrocession, have used short-term or temporary contracts to evade collective agreements, this is how s. 45 is written. There is no ambiguity and its scope is well defined.

The forced or artificial nature of this interpretation of s. 45 can be seen with respect to two other issues. First, if the retrocession argument was sound, the collective agreement would have been included with the certification. In order for the operation of the successorship provision to be meaningful, one must follow the other. Yet, every decision-maker in this case has held that the collective agreement entered into by Moderne and the

définition fonctionnelle du terme « entreprise ». Une entente selon laquelle on ne tiendra pas compte de l’arrêt *Bibeault* ou on minera la définition organique donnée dans cet arrêt ne doit pas avoir force exécutoire simplement parce que le Tribunal du travail a accepté de le faire et qu’il a plus ou moins constamment adopté ce point de vue. Il est manifestement déraisonnable d’aborder la définition de la notion d’entreprise d’une manière incompatible avec l’arrêt *Bibeault*.

La théorie de l’« employeur potentiel » ou de la rétrocession — selon laquelle, à l’expiration du contrat avec Moderne, l’entreprise aurait retourné à Ivanhoe pour être recédée aux quatre nouveaux entrepreneurs — est une interprétation manifestement déraisonnable de l’art. 45 et n’est nullement appuyée par le libellé de cette disposition. La disposition elle-même n’indique nullement qu’elle doit s’appliquer à plus d’employeurs qu’aux deux derniers d’une série d’employeurs successifs. Cela est particulièrement vrai dans la présente affaire où aucun salarié n’est transféré et où Ivanhoe, l’employeur potentiel à qui retournerait l’entreprise, ne compte aucun salarié susceptible de bénéficier de l’accréditation transmise. De plus, la rétrocession est une opération entièrement fictive. Bien que le droit permette la « fiction juridique » dans certains cas, cela n’est pas acceptable dans le contexte de la législation en matière de travail. Ivanhoe a cessé d’être l’employeur du personnel d’entretien ménager au moment où elle a transféré tous ces salariés chez Moderne. Lorsque le contrat entre Ivanhoe et Moderne a pris fin, ces salariés ont été licenciés par Moderne et Ivanhoe n’est pas redevenue leur employeur. Ivanhoe n’a pas recommencé à fournir les services d’entretien ménager en cause, et aucun salarié de Moderne ou ancien salarié d’Ivanhoe ne travaillait pour les nouvelles entreprises qui exécutaient les travaux. Il est manifestement déraisonnable de maintenir en vigueur cette accréditation au moyen d’une interprétation artificielle de l’art. 45. Certes, Ivanhoe détenait le pouvoir de concéder l’entreprise à l’expiration du contrat et elle aurait pu, en l’absence de rétrocession, recourir à des contrats à court terme ou temporaires pour contourner des conventions collectives, mais telle est la manière dont l’art. 45 est rédigé. Il ne comporte aucune ambiguïté et sa portée est bien définie.

Le caractère forcé ou artificiel de cette interprétation de l’art. 45 peut être constaté à deux autres égards. Premièrement, si la théorie de la rétrocession était bien fondée, la convention collective aurait été transmise avec l’accréditation. Pour que l’application de la disposition relative à la succession d’entreprise soit utile, l’une doit suivre l’autre. Pourtant, tous les décideurs en l’espèce ont jugé que la convention collective conclue par

union could not be transferred back to Ivanhoe in order to be re-transferred to the four new employers along with the certification. To allow the certification but not the collective agreement to pass indicates that this is not a situation in which the successorship provision should apply at all. Second, commitment to the retrocession interpretation of s. 45 creates difficulty in the application of s. 41 of the *Labour Code*, which allows for the cancellation of the certification of a union that no longer comprises the absolute majority of the employees in the bargaining unit for which it was certified. The need to avoid defeating the initial purpose of the retrocession interpretation of s. 45 leads to an illogical position with respect to s. 41 in which the giver of work is treated both as the present employer — i.e., potential employer — for the purposes of making the request to cancel the certification and as the former employer in the decision to determine union support in relation to the temporary employer.

#### Cases Cited

By Arbour J.

**Followed:** *Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740*, [1990] 3 S.C.R. 644; *Ajax (Town) v. CAW, Local 222*, [2000] 1 S.C.R. 538, 2000 SCC 23, aff'g (1998), 41 O.R. (3d) 426; *National Bank of Canada v. Retail Clerks' International Union*, [1984] 1 S.C.R. 269; *Sept-Îles (City) v. Quebec (Labour Court)*, [2001] 2 S.C.R. 670, 2001 SCC 48; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; **considered:** *Pasiechnyk v. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 S.C.R. 890; *General Motors Products of Canada Ltd. v. Kravitz*, [1979] 1 S.C.R. 790; *Montreal Tramways Co. v. Léveillé*, [1933] S.C.R. 456; *Dobson (Litigation Guardian of) v. Dobson*, [1999] 2 S.C.R. 753; **distinguished:** *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Entreprises Rolland Bergeron inc. v. Geoffroy*, [1987] R.J.Q. 2331; **referred to:** *Université McGill v. St-Georges*, [1999] R.J.D.T. 9; *Syndicat des employées et employés professionnels et de bureau, section locale 57 v. Commission scolaire Laurenval*, [1999] R.J.D.T. 1; *Syndicat des cols bleus de Ville de St-Hubert v. Ville de St-Hubert*, [1999] R.J.D.T. 76, leave to appeal refused, [1999] 3 S.C.R. xii; *Syndicat des employés de la Communauté régionale de l'Outaouais v. Collines-de-*

Moderne et le syndicat ne pouvait pas être retransmise à Ivanhoe pour pouvoir être ensuite transmise avec l'accréditation aux quatre nouveaux employeurs. Permettre la transmission de l'accréditation, mais non celle de la convention collective, révèle que le présent cas ne se prête pas à l'application de la disposition relative à la succession d'entreprise. Deuxièmement, l'adoption de l'interprétation de l'art. 45 fondée sur la théorie de la rétrocession peut rendre difficile l'application de l'art. 41 du *Code du travail*, qui permet la révocation de l'accréditation d'un syndicat qui ne groupe plus la majorité absolue des salariés qui font partie de l'unité de négociation pour laquelle il a été accrédité. La nécessité d'éviter de contrecarrer l'objet initial de l'interprétation de l'art. 45 fondée sur la théorie de la rétrocession mène à une interprétation illogique de l'art. 41, selon laquelle le donneur d'ouvrage est considéré à la fois comme étant l'employeur actuel — c'est-à-dire l'employeur potentiel — pour les fins de la requête en révocation de l'accréditation, et comme étant l'employeur précédent lorsqu'il s'agit de déterminer l'appui dont bénéficie le syndicat en ce qui concerne l'employeur temporaire.

#### Jurisprudence

Citée par le juge Arbour

**Arrêts suivis:** *Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740*, [1990] 3 R.C.S. 644; *Ajax (Ville) c. TCA, section locale 222*, [2000] 1 R.C.S. 538, 2000 CSC 23, conf. (1998), 41 O.R. (3d) 426; *Banque Nationale du Canada c. Union internationale des employés de commerce*, [1984] 1 R.C.S. 269; *Sept-Îles (Ville) c. Québec (Tribunal du travail)*, [2001] 2 R.C.S. 670, 2001 CSC 48; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; **arrêts examinés:** *Pasiechnyk c. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 R.C.S. 890; *General Motors Products of Canada Ltd. c. Kravitz*, [1979] 1 R.C.S. 790; *Montreal Tramways Co. c. Léveillé*, [1933] R.C.S. 456; *Dobson (Tuteur à l'instance de) c. Dobson*, [1999] 2 R.C.S. 753; **distinction d'avec les arrêts:** *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Entreprises Rolland Bergeron inc. c. Geoffroy*, [1987] R.J.Q. 2331; **arrêts mentionnés:** *Université McGill c. St-Georges*, [1999] R.J.D.T. 9; *Syndicat des employées et employés professionnels et de bureau, section locale 57 c. Commission scolaire Laurenval*, [1999] R.J.D.T. 1; *Syndicat des cols bleus de Ville de St-Hubert c. Ville de St-Hubert*, [1999] R.J.D.T. 76, autorisation de pourvoi

*l'Outaouais (Municipalité régionale de comté des)*, [1999] R.J.D.T. 97; *Union des employées et employés de la restauration, métallurgistes unis d'Amérique, section locale 8470 v. Ultramar Canada inc.*, [1999] R.J.D.T. 110; *Maison L'Intégrale inc. v. Tribunal du travail*, [1996] R.J.Q. 859, leave to appeal refused, [1996] 3 S.C.R. xi; *Canadian Union of Public Employees Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455; *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1993] 1 S.C.R. 941; *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487; *Centre communautaire juridique de l'Estrie v. Sherbrooke (City)*, [1996] 3 S.C.R. 84; *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] R.D.T. 344; *Barnes Security Service Ltd. v. Association internationale des machinistes et des travailleurs de l'aérospatiale, section locale 2235*, [1972] T.T. 1; *Syndicat des salariés de service d'entretien v. Montcalm Carpets Specialists Ltd.*, [1981] T.T. 273; *Entrepôts Schenker ltée v. Travailleurs canadiens de l'alimentation et d'autres industries, section locale P-766*, [1981] T.T. 420; *Mode Amazone v. Comité conjoint de Montréal de l'Union internationale des ouvriers du vêtement pour dames*, [1983] T.T. 227; *Jack Schwartz Service Station v. Teamsters Local Union 900*, [1975] T.T. 125; *Vitriers-travailleurs du verre, section locale 1135 de la Fraternité internationale des peintres et métiers connexes v. Vetroform inc.*, [1990] T.T. 514; *Syndicat des travailleurs de l'énergie et de la chimie, section locale 115 v. Fornet inc.*, [1991] T.T. 413, motion for evocation allowed, [1992] R.J.Q. 445; *Syndicat des employés du Cégep du Vieux-Montréal v. Clair et Net ltée*, [1992] T.T. 85; *Syndicat des employés du Cégep du Vieux-Montréal v. Service d'entretien d'immeubles Staff 2000 inc.*, D.T.E. 93T-665; *Gatineau (Ville de) v. Syndicat des cols bleus de Gatineau*, [1992] T.T. 599; *Syndicat des employés des commissions scolaires de la régionale Chauveau v. Groupe Admari inc.*, [1991] T.T. 351; *Université McGill v. Union des employées et employés de service, section locale 800*, D.T.E. 95T-296; *Entreprises Chando-net enr. v. Union des employées et employés de service, section locale 800*, [1992] T.T. 620, motion for evocation dismissed, Sup. Ct. Quebec, No. 200-05-002218-928, December 23, 1992; *Luc Construction inc. v. Syndicat des employés de Ville de Brossard*, [1992] T.T. 589; *Coopérants (Les), Société mutuelle d'assurance-vie v. Syndicat des employés de coopératives d'assurance-vie*, D.T.E.

refusée, [1999] 3 R.C.S. xii; *Syndicat des employés de la Communauté régionale de l'Outaouais c. Collines-de-l'Outaouais (Municipalité régionale de comté des)*, [1999] R.J.D.T. 97; *Union des employées et employés de la restauration, métallurgistes unis d'Amérique, section locale 8470 c. Ultramar Canada inc.*, [1999] R.J.D.T. 110; *Maison L'Intégrale inc. c. Tribunal du travail*, [1996] R.J.Q. 859, autorisation de pourvoi refusée, [1996] 3 R.C.S. xi; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455; *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941; *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487; *Centre communautaire juridique de l'Estrie c. Sherbrooke (Ville)*, [1996] 3 R.C.S. 84; *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] R.D.T. 344; *Barnes Security Service Ltd. c. Association internationale des machinistes et des travailleurs de l'aérospatiale, section locale 2235*, [1972] T.T. 1; *Syndicat des salariés de service d'entretien c. Montcalm Carpets Specialists Ltd.*, [1981] T.T. 273; *Entrepôts Schenker ltée c. Travailleurs canadiens de l'alimentation et d'autres industries, section locale P-766*, [1981] T.T. 420; *Mode Amazone c. Comité conjoint de Montréal de l'Union internationale des ouvriers du vêtement pour dames*, [1983] T.T. 227; *Jack Schwartz Service Station c. Teamsters Local Union 900*, [1975] T.T. 125; *Vitriers-travailleurs du verre, section locale 1135 de la Fraternité internationale des peintres et métiers connexes c. Vetroform inc.*, [1990] T.T. 514; *Syndicat des travailleurs de l'énergie et de la chimie, section locale 115 c. Fornet inc.*, [1991] T.T. 413, requête en évocation accueillie, [1992] R.J.Q. 445; *Syndicat des employés du Cégep du Vieux-Montréal c. Clair et Net ltée*, [1992] T.T. 85; *Syndicat des employés du Cégep du Vieux-Montréal c. Service d'entretien d'immeubles Staff 2000 inc.*, D.T.E. 93T-665; *Gatineau (Ville de) c. Syndicat des cols bleus de Gatineau*, [1992] T.T. 599; *Syndicat des employés des commissions scolaires de la régionale Chauveau c. Groupe Admari inc.*, [1991] T.T. 351; *Université McGill c. Union des employées et employés de service, section locale 800*, D.T.E. 95T-296; *Entreprises Chando-net enr. c. Union des employées et employés de service, section locale 800*, [1992] T.T. 620, requête en évocation rejetée, C.S. Québec, n° 200-05-002218-928, 23 décembre 1992; *Luc Construction inc. c. Syndicat des employés de Ville de*

87T-300; *Collège d'enseignement général et professionnel de Limoilou v. Syndicat du personnel de soutien du Collège de Limoilou*, L.C., No. 200-28-000041-90, October 11, 1990; *Syndicat des travailleurs du Holiday Inn Ste-Foy v. Prime Hospitality inc.*, [1991] T.T. 40; *Conciergerie C.D.J. (Québec) inc. v. Fraternité canadienne des cheminots, employés des transports et autres ouvriers, section locale 277*, D.T.E. 92T-1043; *Syndicat des employés de la Ville de Brossard v. Services d'entretien Fany inc.*, [1995] T.T. 423; *Commission scolaire Laurenval v. Lalonde*, [1997] R.J.Q. 983; *Rosemère (Ville de) v. St-Arnaud*, D.T.E. 97T-1039; *Domtar Inc. v. Quebec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 S.C.R. 756; *Tremblay v. Quebec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 S.C.R. 952; *Adam v. Daniel Roy ltée*, [1983] 1 S.C.R. 683; *Union des employés de service, section locale 298 v. Syndicat national des employés de la Commission scolaire régionale de Baie-des-Chaleurs*, [1973] T.T. 332; *Distribution Réal Chagnon inc. v. Prud'homme*, J.E. 90-1027; *Syndicat des employés de coopératives d'assurance-vie v. Les Coopérants*, [1991] R.J.Q. 1248; *Emballages industriels Vulcan ltée v. Syndicat des travailleurs de l'énergie et de la chimie, section locale 106*, [1991] T.T. 29; *Syndicat des salariées et salariés cléricaux et techniques de l'amiante v. LAB, société en commandite*, D.T.E. 94T-13, motion for evocation dismissed, Sup. Ct. Quebec, No. 200-05-003286-932, February 23, 1994; *Groupe des ex-salariés de Transbéton v. Groupe des ex-salariés de Transmix*, [1999] R.J.D.T. 513; *Syndicat des travailleurs de S.O.S. v. Syndicat international des travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 502*, [1992] T.T. 109; *Union internationale des travailleurs unis de l'alimentation et du commerce, section locale 301 W v. Brasserie Molson-O'Keefe*, D.T.E. 91T-914; *Syndicat national des employés de l'alimentation en gros de Québec inc. v. Épiciers unis Métro-Richelieu inc.*, D.T.E. 85T-114; *Syndicat des employées et employés professionnels et de bureau, section locale 57 v. Centre financier aux entreprises du Sud-Ouest de Montréal*, D.T.E. 2000T-113; *Metro Capital Group ltée v. Hamelin*, [2000] R.J.D.T. 491; *Syndicat national des employés de l'alimentation en gros de Québec inc. v. Épiciers unis Métro-Richelieu inc.*, [1987] T.A. 333; *Syndicat des employés de la Commission scolaire des Deux-Rives v. Commission scolaire de la Jonquière*, [1990] T.T. 419; *Syndicat des professionnels et des techniciens de la santé du Québec v. Syndicat des employés du C.L.S.C. de la Guadeloupe*, D.T.E. 86T-759; *Syndicat des employés du Carrefour des jeunes de Montréal v. Union des employés de service, section locale 298*, [1990] T.T.

*Brossard*, [1992] T.T. 589; *Coopérants (Les), Société mutuelle d'assurance-vie c. Syndicat des employés de coopératives d'assurance-vie*, D.T.E. 87T-300; *Collège d'enseignement général et professionnel de Limoilou c. Syndicat du personnel de soutien du Collège de Limoilou*, T.T., n° 200-28-000041-90, 11 octobre 1990; *Syndicat des travailleurs du Holiday Inn Ste-Foy c. Prime Hospitality inc.*, [1991] T.T. 40; *Conciergerie C.D.J. (Québec) inc. c. Fraternité canadienne des cheminots, employés des transports et autres ouvriers, section locale 277*, D.T.E. 92T-1043; *Syndicat des employés de la Ville de Brossard c. Services d'entretien Fany inc.*, [1995] T.T. 423; *Commission scolaire Laurenval c. Lalonde*, [1997] R.J.Q. 983; *Rosemère (Ville de) c. St-Arnaud*, D.T.E. 97T-1039; *Domtar inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 R.C.S. 756; *Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 R.C.S. 952; *Adam c. Daniel Roy ltée*, [1983] 1 R.C.S. 683; *Union des employés de service, section locale 298 c. Syndicat national des employés de la Commission scolaire régionale de Baie-des-Chaleurs*, [1973] T.T. 332; *Distribution Réal Chagnon inc. c. Prud'homme*, J.E. 90-1027; *Syndicat des employés de coopératives d'assurance-vie c. Les Coopérants*, [1991] R.J.Q. 1248; *Emballages industriels Vulcan ltée c. Syndicat des travailleurs de l'énergie et de la chimie, section locale 106*, [1991] T.T. 29; *Syndicat des salariées et salariés cléricaux et techniques de l'amiante c. LAB, société en commandite*, D.T.E. 94T-13, requête en évocation rejetée, C.S. Québec, n° 200-05-003286-932, 23 février 1994; *Groupe des ex-salariés de Transbéton c. Groupe des ex-salariés de Transmix*, [1999] R.J.D.T. 513; *Syndicat des travailleurs de S.O.S. c. Syndicat international des travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 502*, [1992] T.T. 109; *Union internationale des travailleurs unis de l'alimentation et du commerce, section locale 301 W c. Brasserie Molson-O'Keefe*, D.T.E. 91T-914; *Syndicat national des employés de l'alimentation en gros de Québec inc. c. Épiciers unis Métro-Richelieu inc.*, D.T.E. 85T-114; *Syndicat des employées et employés professionnels et de bureau, section locale 57 c. Centre financier aux entreprises du Sud-Ouest de Montréal*, D.T.E. 2000T-113; *Metro Capital Group ltée c. Hamelin*, [2000] R.J.D.T. 491; *Syndicat national des employés de l'alimentation en gros de Québec inc. c. Épiciers unis Métro-Richelieu inc.*, [1987] T.A. 333; *Syndicat des employés de la Commission scolaire des Deux-Rives c. Commission scolaire de la Jonquière*, [1990] T.T. 419; *Syndicat des professionnels et des techniciens de la santé du Québec c. Syndicat des employés du C.L.S.C. de la Guadeloupe*, D.T.E.

398; *Centrale des unions indépendantes de l'industrie de l'automobile v. Fraternité canadienne des cheminots, employés du transport et autres ouvriers, section locale 300*, [1982] T.T. 340; *Rothmans, Benson & Hedges inc. v. Travailleurs unis de l'alimentation et du commerce, section locale 501*, D.T.E. 87T-976; *Syndicat québécois des employées et employés de service, section locale 298 v. Syndicat des employées et employés des services sociaux du Centre jeunesse Laval*, [2001] R.J.D.T. 134.

By Bastarache J. (dissenting in part)

*Ajax (Town) v. CAW, Local 222*, [2000] 1 S.C.R. 538, 2000 SCC 23; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740*, [1990] 3 S.C.R. 644; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Mode Amazone v. Comité conjoint de Montréal de l'Union internationale des ouvriers du vêtement pour dames*, [1983] T.T. 227; *Syndicat des employées et employés professionnels et de bureau, section locale 57 v. Commission scolaire Laurenval*, [1999] R.J.D.T. 1; *Université McGill v. St-Georges*, [1999] R.J.D.T. 9; *Entreprises Rolland Bergeron inc. v. Geoffroy*, [1987] R.J.Q. 2331.

#### Statutes and Regulations Cited

*Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, ss. 617, 1218 to 1255, 1242, 1279, 1440, 1442, 1444 to 1450, 1814, 2447.  
*Labour Code*, R.S.Q., c. C-27, ss. 22c), d), 41 [am. 1983, c. 22, s. 23], 45, 46 [repl. 1990, c. 69, s. 2], 52.2, 58 [am. 1983, c. 22, s. 28], 59, 139 [repl. 1982, c. 16, s. 5; am. 1983, c. 22, s. 93; am. 1985, c. 12, s. 93, am. 1990, c. 4, s. 232], 139.1 [am. 1982, c. 16, s. 6], 140 [repl. *idem*, s. 7].

#### Authors Cited

Barré, Alain. "La sous-traitance et l'article 45 du *Code du travail* après l'affaire C.S.R.O." (1991), 32 *C. de D.* 179.  
 Beaudoin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 5<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1998.  
 Brière, Germain. *Donations, substitutions et fiducie*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1988.

86T-759; *Syndicat des employés du Carrefour des jeunes de Montréal c. Union des employés de service, section locale 298*, [1990] T.T. 398; *Centrale des unions indépendantes de l'industrie de l'automobile c. Fraternité canadienne des cheminots, employés du transport et autres ouvriers, section locale 300*, [1982] T.T. 340; *Rothmans, Benson & Hedges inc. c. Travailleurs unis de l'alimentation et du commerce, section locale 501*, D.T.E. 87T-976; *Syndicat québécois des employées et employés de service, section locale 298 c. Syndicat des employées et employés des services sociaux du Centre jeunesse Laval*, [2001] R.J.D.T. 134.

Citée par le juge Bastarache (dissident en partie)

*Ajax (Ville) c. TCA, section locale 222*, [2000] 1 R.C.S. 538, 2000 CSC 23; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740*, [1990] 3 R.C.S. 644; *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Mode Amazone c. Comité conjoint de Montréal de l'Union internationale des ouvriers du vêtement pour dames*, [1983] T.T. 227; *Syndicat des employées et employés professionnels et de bureau, section locale 57 c. Commission scolaire Laurenval*, [1999] R.J.D.T. 1; *Université McGill c. St-Georges*, [1999] R.J.D.T. 9; *Entreprises Rolland Bergeron inc. c. Geoffroy*, [1987] R.J.Q. 2331.

#### Lois et règlements cités

*Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, art. 617, 1218 à 1255, 1242, 1279, 1440, 1444 à 1450, 1814, 2447.  
*Code du travail*, L.R.Q., ch. C-27, art. 22c), d), 41 [mod. 1983, ch. 22, art. 23], 45, 46 [repl. 1990, ch. 69, art. 2], 52.2, 58 [mod. 1983, ch. 22, art. 28], 59, 139 [repl. 1982, ch. 16, art. 5; mod. 1983, ch. 22, art. 93; mod. 1985, ch. 12, art. 93, mod. 1990, ch. 4, art. 232], 139.1 [mod. 1982, ch. 16, art. 6], 140 [repl. *idem*, art. 7].

#### Doctrine citée

Barré, Alain. « La sous-traitance et l'article 45 du *Code du travail* après l'affaire C.S.R.O. » (1991), 32 *C. de D.* 179.  
 Beaudoin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 5<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1998.  
 Brière, Germain. *Donations, substitutions et fiducie*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1988.

Deleury, Édith, et Dominique Goubau. *Le droit des personnes physiques*, 2<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1997.

Edwards, Jeffrey. *La garantie de qualité du vendeur en droit québécois*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1998.

Gagnon, Robert P. *Le droit du travail du Québec: pratiques et théories*, 4<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1999.

Jobin, Pierre-Gabriel. *La vente dans le Code civil du Québec*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1993.

APPEALS from judgments of the Quebec Court of Appeal [1999] R.J.Q. 32, [1999] R.J.D.T. 30, [1998] Q.J. No. 3663 (QL), affirming a judgment of the Superior Court, D.T.E. 94T-1219, dismissing motions for evocation against judgments of the Labour Court, [1993] T.T. 493 and [1993] T.T.600, upholding decisions of the labour commissioners, D.T.E. 92T-1305. Appeals dismissed, Bastarache J. dissenting in part.

*Serge Benoît and Monique Lagacé*, for the appellants/respondents/mis en cause Ivanhoe inc., Service d'entretien Empro inc. and Compagnie d'entretien d'édifice Arcade Itée.

*Jean-Marc Brodeur*, for the appellant/respondent/mis en cause Distinction Service d'entretien inc.

*Robert Laurin*, for the respondent/appellant United Food and Commercial Workers, Local 500.

*Benoît Belleau*, for the respondent Labour Court.

English version of the judgment of McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major and Arbour JJ. delivered by

ARBOUR J. —

## I. Introduction

These appeals were heard together with *Sept-Îles (City) v. Quebec (Labour Court)*, [2001] 2 S.C.R. 670, 2001 SCC 48, in which reasons are pronounced with this decision. The central issue is

Deleury, Édith, et Dominique Goubau. *Le droit des personnes physiques*, 2<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1997.

Edwards, Jeffrey. *La garantie de qualité du vendeur en droit québécois*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1998.

Gagnon, Robert P. *Le droit du travail du Québec: pratiques et théories*, 4<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1999.

Jobin, Pierre-Gabriel. *La vente dans le Code civil du Québec*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1993.

POURVOIS contre des arrêts de la Cour d'appel du Québec, [1999] R.J.Q. 32, [1999] R.J.D.T. 30, [1998] A.Q. n° 3663 (QL), qui ont confirmé un jugement de la Cour supérieure, D.T.E. 94T-1219, qui avait rejeté les requêtes en révision judiciaire à l'encontre des décisions du Tribunal du travail, [1993] T.T. 493 et [1993] T.T. 600, confirmant des décisions des commissaires du travail, D.T.E. 92T-1305. Pourvois rejetés, le juge Bastarache est dissident en partie.

*Serge Benoît et Monique Lagacé*, pour les appelantes/intimées/mises en cause Ivanhoe inc., Service d'entretien Empro inc. et Compagnie d'entretien d'édifice Arcade Itée.

*Jean-Marc Brodeur*, pour l'appelante/intimée/mise en cause Distinction Service d'entretien inc.

*Robert Laurin*, pour l'intimé/appelant Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 500.

*Benoît Belleau*, pour l'intimé le Tribunal du travail.

Le jugement du juge en chef McLachlin et des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major et Arbour a été rendu par

LE JUGE ARBOUR —

## I. Introduction

Ces pourvois ont été entendus conjointement avec l'affaire *Sept-Îles (Ville) c. Québec (Tribunal du travail)*, [2001] 2 R.C.S. 670, 2001 CSC 48, pour laquelle des motifs sont déposés avec la pré-

whether the Quebec Labour Court has adopted an interpretive policy with respect to the application of s. 45 of the *Labour Code*, R.S.Q., c. C-27, regarding the operation by another of an undertaking, that is in conflict with the decisions of this Court, and more specifically with *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048. For the reasons that follow, I find that the approach taken by that court is not inconsistent with the decisions of this Court and constitutes a reasonable interpretation of the provisions which that specialized agency is instructed to apply. Accordingly, the decisions of the administrative tribunals in this case should not be varied and the appeals should be dismissed.

<sup>2</sup> The jurisdiction of commissioners and of the Labour Court in interpreting and applying s. 45 of the *Labour Code* is the crux of these appeals. This provision having been a subject of considerable debate in Quebec labour law, I shall reproduce it before proceeding:

**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 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.

## II. The Facts

<sup>3</sup> Ivanhoe inc. is a property management, development and investment company primarily engaged in managing shopping centres. It handled its own interior and exterior building maintenance until 1989. On May 23, 1974, the United Food and Commercial Workers union, local 500 (the "union") was certified to represent the janitorial staff at Ivanhoe's shopping centres in Quebec. The parties signed a number of collective agreements, including the last one which was to be in effect from May 23, 1986 to May 22, 1989. On March 6,

sente décision. La question centrale qui se pose est celle de savoir si le Tribunal du travail du Québec a adopté, à propos de l'application de l'art. 45 du *Code du travail*, L.R.Q., ch. C-27, une politique d'interprétation en matière de concession d'entreprise qui répudie la jurisprudence de notre Cour, et plus particulièrement l'arrêt *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048. Pour les motifs qui suivent, je conclus que l'approche appliquée par le tribunal ne va pas à l'encontre de notre jurisprudence et constitue une interprétation rationnelle des textes que cet organisme spécialisé a le mandat d'appliquer. En conséquence, les décisions des instances administratives en l'espèce ne doivent pas être modifiées et les appels doivent être rejetés.

La compétence des commissaires et du Tribunal du travail dans l'interprétation et l'application de l'art. 45 du *Code du travail* se situe au cœur des présents pourvois. Il importe donc de reproduire immédiatement cette disposition qui a fait l'objet de nombreuses controverses en droit du travail québécois :

**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 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.

## II. Les faits

Ivanhoe inc. est une société immobilière de gestion, de développement et d'investissement qui gère principalement des centres commerciaux. Elle s'est chargée elle-même de l'entretien intérieur et extérieur de ses immeubles jusqu'en 1989. Le 23 mai 1974, le syndicat Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 500 (le « syndicat ») a obtenu un certificat d'accréditation visant les préposés à l'entretien ménager des centres commerciaux d'Ivanhoe situés au Québec. Plusieurs conventions collectives



1989, Ivanhoe decided to contract out the janitorial services at its shopping centres to Moderne Service d'entretien d'immeubles inc. ("Moderne"), under a contract that was to run until August 31, 1991. The 68 full-time and 18 part-time janitorial employees were transferred to Moderne.

The union applied under s. 45 of the *Labour Code* for recognition of the transfer of the certification and collective agreement to Moderne. The motion was not opposed and labour commissioner Gareau granted it in a decision dated May 22, 1991, and corrected on July 11, 1991. The union negotiated a collective agreement with Moderne that was in effect from May 22, 1989 to May 22, 1991. On July 5, 1991, when its contract with Moderne was about to expire, Ivanhoe invited bids for a new contract. Moderne did not bid, but on August 29, 1991, two days before its contract expired, it signed a collective agreement effective until May 22, 1994.

As a result of the bids that it received, Ivanhoe decided to engage four companies (the "contractors"): Service d'entretien Empro inc., Compagnie d'entretien d'édifices Arcade ltée, Prestige Maintenance inc. (now represented in continuance of suit by Distinction Service d'entretien inc.) and Service d'entretien Laurier enr. (now represented by 2621-3249 Québec inc.). All of these companies specialize in janitorial services, and they are in competition with one another. Each of them signed a contract with Ivanhoe that took effect on September 1, 1991 and ended on August 31, 1993. For each of the companies, Ivanhoe was only one of a number of customers.

On August 31, 1991, Moderne's contract expired and it dismissed the entire janitorial staff responsible for Ivanhoe's buildings. None of those employees was hired by the contractors who took over building maintenance the following day. It is

ont été signées entre ces parties, dont la dernière devait s'appliquer du 23 mai 1986 au 22 mai 1989. Le 6 mars 1989, Ivanhoe décide de confier l'entretien ménager de ses centres à la compagnie Moderne Service d'entretien d'immeubles inc. (« Moderne »), en vertu d'un contrat expirant le 31 août 1991. Les 68 salariés réguliers et les 18 employés à temps partiel affectés à l'entretien sont transférés chez Moderne.

Le syndicat présente une requête en vertu de l'art. 45 du *Code du travail* pour que la transmission de l'accréditation et de la convention collective à Moderne soit reconnue. Aucune opposition à la requête n'est présentée et celle-ci est accueillie par le commissaire du travail Gareau dans une décision datée du 22 mai 1991 et corrigée le 11 juillet 1991. Le syndicat négocie avec Moderne une convention collective pour la période du 22 mai 1989 au 22 mai 1991. Le 5 juillet 1991, à l'approche de l'expiration de son contrat avec Moderne, Ivanhoe fait un appel d'offres en vue de signer un nouveau contrat. Moderne ne soumissionne pas. Le 29 août 1991, soit deux jours avant l'expiration de son contrat, elle signe pourtant une convention collective devant s'appliquer jusqu'au 22 mai 1994.

À la suite de son appel d'offres, Ivanhoe choisit de retenir les services de quatre sociétés (les « entrepreneurs »), soit Service d'entretien Empro inc., Compagnie d'entretien d'édifices Arcade ltée, Prestige Maintenance inc. (maintenant représentée en reprise d'instance par Distinction Service d'entretien inc.) et Service d'entretien Laurier enr. (maintenant représentée en reprise d'instance par 2621-3249 Québec inc.). Celles-ci sont toutes spécialisées dans les travaux d'entretien ménager et se font concurrence. Elles signent chacune avec Ivanhoe, qui ne représente pour elles qu'une cliente parmi plusieurs autres, un contrat prenant effet le 1<sup>er</sup> septembre 1991 et se terminant le 31 août 1993.

Le 31 août 1991, le contrat de Moderne se termine et elle licencie tous ses salariés affectés à l'entretien ménager des immeubles d'Ivanhoe. Aucun de ceux-ci n'est embauché par les entrepreneurs qui prennent en charge l'entretien le jour sui-

4

5

6

admitted that there is no legal relationship between Moderne and the contractors, which employed their own staff and used their own equipment. The work performed by the contractors' employees was the same as the work that had been done for Moderne and previously for Ivanhoe.

7 On September 25, 1991, the union applied under s. 45 to have the certification and the collective agreement signed with Moderne transferred to the contractors. On January 14, 1992, Ivanhoe applied under s. 41 of the *Labour Code* to have the union's certification cancelled with regard to itself.

### III. Previous Decisions

A. *Commissioner Bibeault* (s. 45), D.T.E. 92T-1305

8 The commissioner found that the certification that originally covered Ivanhoe had to be transferred to the new contractors. In his view, subcontracting janitorial services could amount to operation by another of part of an undertaking, with the result that s. 45 of the *Labour Code* would apply. When the contract with Moderne expired, Ivanhoe once again became the potential employer and could transfer its certification to the contractors. On the other hand, the collective agreement that had been signed with Moderne lapsed when the contract expired, and it could not be transferred to the new contractors. When the first transfer of the operation of the undertaking terminated, the previous situation was restored, and the fresh transfer was made by Ivanhoe, rather than Moderne.

B. *Commissioner Boily* (s. 41), September 24, 1992

9 Commissioner Boily held that, as a result of the decision of commissioner Gareau finding that Ivanhoe's rights and obligations had been transferred to Moderne, the certification was still in effect at Moderne when the petition for cancellation was made. The petition was therefore moot and the commissioner dismissed it.

Il est admis qu'il n'existe aucun lien de droit entre Moderne et les entrepreneurs. Ceux-ci emploient leur propre main-d'œuvre et utilisent leur propre matériel. Les fonctions exercées par les salariés des entrepreneurs sont les mêmes que celles exercées chez Moderne et, antérieurement, chez Ivanhoe.

Le 25 septembre 1991, le syndicat présente une requête en vertu de l'art. 45 pour que l'accréditation, de même que la convention collective signée avec Moderne, soient transférées aux entrepreneurs. Le 14 janvier 1992, Ivanhoe présente une requête en vertu de l'art. 41 du *Code du travail* pour faire révoquer l'accréditation du syndicat en ce qui la concerne.

### III. Les décisions antérieures

A. *Commissaire Bibeault* (art. 45), D.T.E. 92T-1305

Le commissaire conclut que l'accréditation qui visait à l'origine Ivanhoe doit être transmise aux nouveaux entrepreneurs. À son avis, la sous-traitance en entretien ménager peut constituer une concession partielle d'entreprise entraînant l'application de l'art. 45 du *Code du travail*. À l'expiration du contrat avec Moderne, Ivanhoe est redevenue l'employeur potentiel et a pu transmettre son accréditation aux entrepreneurs. Par contre, la convention collective conclue avec Moderne est devenue caduque à l'expiration du contrat et n'a pu être transférée aux nouveaux entrepreneurs. La fin de la première concession a rétabli la situation antérieure et c'est Ivanhoe, et non Moderne, qui a effectué un nouveau transfert.

B. *Commissaire Boily* (art. 41), le 24 septembre 1992

Le commissaire Boily juge qu'à la suite de la décision du commissaire Gareau constatant la transmission des droits et obligations d'Ivanhoe à Moderne, l'accréditation est toujours en vigueur chez cette dernière au moment de la requête en révocation. La requête est donc sans objet et le commissaire la rejette.

C. *Labour Court* (s. 45), [1993] T.T. 493

Judge Prud'homme found that when Ivanhoe contracted out the janitorial services at its buildings it amounted, in this case, to operation by another of part of an undertaking. In view of the fact that the essential element of the agreement between Ivanhoe and its contractors was that it conferred a right to operate or a responsibility to perform janitorial services, s. 45 had to be applied, since the tests in *Bibeault*, *supra*, regarding the definition of an undertaking had been met. In Judge Prud'homme's view, the requirement that there be a legal relationship between successive employers had also been met in this case, since when the Moderne contract expired, Ivanhoe resumed its legal authority over the part of the undertaking which had been operated by another, and transferred it to the new contractors. However, the union's appeal regarding the transfer of the collective agreement was dismissed, since the principles on which the commissioner had relied were settled law and the union had presented no valid reason for them to be revised. In addition, Judge Prud'homme was of the opinion that there was no basis in law for the union's alternative argument, that the last agreement signed by Ivanhoe should be transferred to the contractors.

D. *Labour Court* (s. 41), [1993] T.T. 600

Judge Prud'homme held that even though Ivanhoe no longer had any employees, it was entitled to apply for cancellation. However, granting cancellation in this case would be contrary to the underlying principles of the *Labour Code*, since during periods when an undertaking was temporarily operated by another, the company which had contracted out the work would be able to rid itself permanently of the certification and thus be able to take over the operation of its undertaking again, or transfer the operation afresh, with no certification. In Judge Prud'homme's view, it would also be difficult to determine whether the union still had a majority of the employees in the bargaining unit, since there would be no employees to count. A petition for cancellation presented by an employer that had created this situation, by transferring the operation of the undertaking to another, would

C. *Tribunal du travail* (art. 45), [1993] T.T. 493

Le juge Prud'homme conclut que le fait pour Ivanhoe de faire exécuter à contrat l'entretien ménager de ses immeubles constitue en l'espèce une concession partielle d'entreprise. Étant donné que l'élément essentiel de l'entente intervenue entre Ivanhoe et les entrepreneurs est l'octroi d'un droit d'exploitation ou d'une charge de voir à l'entretien ménager, l'art. 45 doit s'appliquer, les critères de l'arrêt *Bibeault*, précité, quant à la définition d'une entreprise étant remplis. Selon le juge Prud'homme, l'exigence d'un lien de droit entre employeurs successifs est aussi respectée en l'espèce, parce qu'à l'expiration du contrat de Moderne, Ivanhoe a repris son autorité juridique sur la partie d'entreprise concédée et l'a transmis aux nouveaux entrepreneurs. L'appel du syndicat portant sur le transfert de la convention collective est par contre rejeté, les principes invoqués par le commissaire étant bien établis et le syndicat n'ayant fourni aucun motif valable pour qu'ils soient révisés. De plus, le juge Prud'homme considère que la prétention subsidiaire du syndicat selon laquelle la dernière convention signée par Ivanhoe devrait être transférée aux entrepreneurs est dénuée de fondement juridique.

D. *Tribunal du travail* (art. 41), [1993] T.T. 600

Le juge Prud'homme précise qu'Ivanhoe a le droit de présenter la requête en révocation même si elle n'a plus de salariés. Cependant, accorder la révocation en l'espèce serait contraire aux principes qui sous-tendent le *Code du travail*, puisqu'un donneur d'ouvrage pourrait, pendant la durée d'une concession temporaire d'entreprise, se libérer de l'accréditation de façon permanente et ainsi reprendre l'exploitation de son entreprise ou la concéder à nouveau, sans accréditation. Selon le juge Prud'homme, il serait aussi difficile de vérifier si le syndicat groupe toujours la majorité des salariés membres de l'unité de négociation, puisqu'il n'y a pas de salariés à compter. L'employeur ayant créé cette situation par le truchement d'une concession d'entreprise doit voir sa requête en révocation rejetée. La possibilité qu'une accréditation lie indéfiniment un employeur sans salariés ne

have to be dismissed. The possibility of a certification being binding indefinitely on an employer with no employees does not create a problem, since in that situation the certification would have no effect. The dismissal of Ivanhoe's petition was therefore affirmed.

E. *Superior Court*, D.T.E. 94T-1219

12

Lévesque J. stated that the standard of review that applies to judicial review of decisions of labour commissioners and of the Labour Court was reasonableness. In his view, only the subsequent transfer of the operation to the contractors was in issue in this case, since the parties had agreed to the initial transfer of the operation to Moderne. *Bibeault*, *supra*, had to be distinguished, since in that case, the party which had contracted out the work had never operated the undertaking itself, unlike Ivanhoe, and most importantly because the standard of review that applied at that time was correctness. In this case, the commissioner and the Labour Court had not committed an unreasonable error in finding that the janitorial activities had been the subject of a second transfer of the operation of an undertaking, with the result that s. 45 applied. Nor was the refusal to transfer the collective agreement unreasonable. Lastly, the dismissal of Ivanhoe's petition for cancellation was a reasonable exercise of the jurisdiction of the commissioner and the Labour Court, and there were no grounds for the Superior Court to intervene.

F. *Court of Appeal*, [1999] R.J.Q. 32

13

LeBel J.A, now of this Court, Brossard J.A. and Zerbisias J. (*ad hoc*) heard five other cases together with this case, all of them relating to judicial review of decisions of the labour commissioner and the Labour Court concerning s. 45 of the *Labour Code* (*Université McGill v. St-Georges*, [1999] R.J.D.T. 9; *Syndicat des employées et employés professionnels et de bureau, section locale 57 v. Commission scolaire Laurenlal*, [1999] R.J.D.T. 1; *Syndicat des cols bleus de Ville de St-Hubert v. Ville de St-Hubert*, [1999] R.J.D.T. 76, leave to appeal refused, [1999] 3 S.C.R. xii; *Syndicat des employés de la Communauté régio-*

pose aucun problème, puisque l'accréditation n'a alors aucun effet. Le rejet de la requête d'Ivanhoe est donc confirmé.

E. *Cour supérieure*, D.T.E. 94T-1219

Le juge Lévesque indique que la norme de contrôle applicable à la révision judiciaire des décisions des commissaires et du tribunal est celle de l'erreur déraisonnable. À son avis, dans la présente cause, seul le problème de la nouvelle concession aux entrepreneurs se pose, puisque les parties avaient consenti à une concession initiale en faveur de Moderne. Il faut faire une distinction avec l'arrêt *Bibeault*, précité, parce que dans cette affaire, le donneur d'ouvrage n'avait jamais lui-même exploité l'entreprise, contrairement à Ivanhoe, et surtout parce que la norme de contrôle applicable était alors celle de l'erreur simple. En l'espèce, le commissaire et le tribunal n'ont pas commis d'erreur déraisonnable en concluant que les activités d'entretien ménager avaient fait l'objet d'une seconde concession d'entreprise entraînant l'application de l'art. 45. Le refus du transfert de la convention n'est pas non plus déraisonnable. Finalement, le rejet de la requête en révocation présentée par Ivanhoe constituait un exercice raisonnable de leur compétence par le commissaire et le tribunal et l'intervention de la Cour supérieure serait injustifiée.

F. *Cour d'appel*, [1999] R.J.Q. 32

Le juge LeBel, maintenant de notre Cour, le juge Brossard et le juge Zerbisias (*ad hoc*) avaient entendu, avec le présent dossier, cinq autres affaires portant sur la révision judiciaire des décisions du commissaire et du Tribunal du travail concernant l'art. 45 du *Code du travail* (*Université McGill c. St-Georges*, [1999] R.J.D.T. 9; *Syndicat des employées et employés professionnels et de bureau, section locale 57 c. Commission scolaire Laurenlal*, [1999] R.J.D.T. 1; *Syndicat des cols bleus de Ville de St-Hubert c. Ville de St-Hubert*, [1999] R.J.D.T. 76, autorisation de pourvoi refusée, [1999] 3 R.C.S. xii; *Syndicat des employés de*

*nale de l'Outaouais v. Collines-de-l'Outaouais (Municipalité régionale de comté des)*, [1999] R.J.D.T. 97; and *Union des employées et employés de la restauration, métallurgistes unis d'Amérique, section locale 8470 v. Ultramar Canada inc.*, [1999] R.J.D.T. 110). The six decisions were rendered on the same day and when read together they give a better understanding of the position taken by each of the judges who wrote reasons in the case before us.

More specifically, in *McGill* and *Laurenval*, *supra*, subcontracting of janitorial services was in issue. Zerbisias J. wrote dissenting reasons in those cases, stating that it was unreasonable to apply s. 45 to simple subcontracting of work cases. In her view, applying s. 45 to the transfer of a right to operate or of a responsibility amounted to reverting to the functional definition of an undertaking, which was rejected by this Court in *Bibeault*, *supra*. In the opinion of LeBel J.A., on the other hand, the Labour Court's decisions did not conflict with *Bibeault* and were not unreasonable. Brossard J.A., like Zerbisias J., took the view that the Labour Court's approach conflicted with *Bibeault* in adopting a functional definition of an undertaking and in not taking into account the question of the centrality of the transferred part of the undertaking. However, he found that the Labour Court's decisions, while in error, were not patently unreasonable.

In *St-Hubert*, *supra*, the Court of Appeal found that s. 45 did not apply to a subcontract for municipal snow removal. In the view of Zerbisias J., to find otherwise would have been contrary to *Bibeault*, *supra*, and therefore patently unreasonable. LeBel and Brossard J.A., on the other hand, based their decision on the fact that the union had not demonstrated diligence in pursuing its remedies under s. 45. In the last of these cases, *Ultramar*, *supra*, LeBel J.A. was of the view that the applicable standard of review was correctness, since the case had begun before the legislative amendments that changed the standard. He affirmed the evocation of the Labour Court's decision applying s. 45 to a series of complex transactions involving the lease and sublease of a lot used

*la Communauté régionale de l'Outaouais c. Collines-de-l'Outaouais (Municipalité régionale de comté des)*, [1999] R.J.D.T. 97; *Union des employées et employés de la restauration, métallurgistes unis d'Amérique, section locale 8470 c. Ultramar Canada inc.*, [1999] R.J.D.T. 110). Les six arrêts ont été rendus le même jour et leur lecture permet de mieux cerner la position de chacun des juges ayant déposé des motifs dans la présente affaire.

Plus particulièrement, les affaires *McGill* et *Laurenval*, précitées, portaient sur la sous-traitance en entretien ménager. Le juge Zerbisias y a rédigé des motifs dissidents indiquant qu'il est déraisonnable d'appliquer l'art. 45 à de simples cas de sous-traitance de fonctions. À son avis, l'application de l'art. 45 au transfert d'un droit d'exploitation ou d'une charge équivaut à un retour à une conception fonctionnelle de l'entreprise, qui a été rejetée par notre Cour dans l'arrêt *Bibeault*, précité. Pour le juge LeBel, au contraire, les décisions du Tribunal du travail ne contredisent pas l'arrêt *Bibeault* et ne sont pas déraisonnables. Le juge Brossard pense comme le juge Zerbisias que l'approche du tribunal contredit l'arrêt *Bibeault* en adoptant une conception fonctionnelle de l'entreprise et en ne tenant pas compte du caractère essentiel de la partie d'entreprise concédée. Cependant, il juge que bien qu'erronées, les décisions du tribunal ne sont pas manifestement déraisonnables.

Dans l'affaire *St-Hubert*, précitée, la Cour d'appel conclut que l'art. 45 ne s'applique pas à un contrat de sous-traitance pour le déneigement municipal. Pour le juge Zerbisias, une conclusion différente aurait été contraire à l'arrêt *Bibeault*, précité, et donc manifestement déraisonnable. Les juges LeBel et Brossard, quant à eux, fondent plutôt leur décision sur le fait que le syndicat n'a pas fait preuve de diligence dans l'exercice de ses recours en vertu de l'art. 45. Finalement, dans l'affaire *Ultramar*, précitée, le juge LeBel considère que la norme de contrôle applicable est celle de l'erreur simple, le litige ayant commencé avant les modifications législatives visant cette norme. Il confirme l'évocation d'une décision du tribunal ayant conclu à l'application de l'art. 45 dans le

14

15

to operate a service station. In the opinion of Brossard J.A., Zerbisias J. concurring, the Labour Court's decision was in any event patently unreasonable, and it was therefore unnecessary to consider the effects of the change in the standard of review.

16 In the case before us, the Court of Appeal unanimously dismissed the appeals and affirmed the decisions of the labour commissioners and the Labour Court. However, here again, the three judges gave different reasons for the result, each of them taking the same approach as in the other decisions rendered on that date.

(a) Opinion of LeBel J.A.

17 In a remarkably thorough opinion, LeBel J.A. provided a complete analysis of the situation. He stated, first, that the standard of review must be unreasonableness or clearly irrational error. He then gave a detailed background to the decision in *Bibeault*, *supra*, and analysed the interpretive policy adopted by the Labour Court following that case. He also examined the position taken by the Superior Court with respect to the consensus in the Labour Court, and compared the Labour Court's decisions with decisions in the other Canadian provinces. Regarding the decision concerning the transfer of certification, LeBel J.A. found that the principles applied by the labour commissioner and the Labour Court in this case did not conflict with *Bibeault*, since that case had never ruled out the possibility that operation by another of part of an undertaking might result in s. 45 applying to janitorial services. Furthermore, the Labour Court had applied the definition of an undertaking adopted by this Court. In the view of LeBel J.A., the Labour Court's decision that the undertaking reverted to Ivanhoe when the contract with Moderne expired, and that operation of the undertaking was then transferred afresh to the contractors, was not unreasonable or inconsistent with the decisions of this Court.

18 In the view of LeBel J.A., the refusal to transfer the collective agreement was justified, given that

cadre de transactions complexes de location et de sous-location d'un terrain utilisé pour l'exploitation d'une station-service. Pour le juge Brossard, à l'opinion duquel souscrit le juge Zerbisias, la décision du tribunal est de toute façon manifestement déraisonnable et les effets de la modification de la norme de contrôle n'ont donc pas à être examinés.

Dans la présente affaire, la Cour d'appel décide à l'unanimité de rejeter les appels et de confirmer les décisions des commissaires et du Tribunal du travail. Cependant, encore une fois, les trois juges invoquent des motifs différents à l'appui de ce résultat, se conformant chacun à l'approche qu'ils ont adoptée dans les autres arrêts rendus le même jour.

(a) Opinion du juge LeBel

Dans une opinion remarquablement fouillée, le juge LeBel fait une analyse complète de la situation. Il précise en premier lieu que la norme de contrôle doit être celle de l'erreur déraisonnable ou clairement irrationnelle. Le juge trace ensuite un historique détaillé de l'arrêt *Bibeault*, précité, et analyse la politique d'interprétation retenue par le Tribunal du travail à la suite de cet arrêt. Il étudie aussi la position de la Cour supérieure face au consensus qui prévaut au Tribunal du travail, et compare la jurisprudence de celui-ci avec celle que l'on retrouve dans les autres provinces canadiennes. Quant à la décision portant sur le transfert de l'accréditation, le juge LeBel conclut que les principes appliqués par le commissaire et le tribunal en l'espèce ne contredisent pas l'arrêt *Bibeault*, puisque ce dernier n'avait jamais écarté la possibilité d'une concession partielle d'entreprise pouvant entraîner l'application de l'art. 45 en matière d'entretien ménager. Le Tribunal du travail s'est de plus conformé à la définition de l'entreprise adoptée par notre Cour. Selon le juge LeBel, la conclusion du tribunal selon laquelle l'entreprise est retournée chez Ivanhoe à l'expiration du contrat avec Moderne, pour être ensuite concédée de nouveau aux entrepreneurs, n'est pas déraisonnable ou contraire à la jurisprudence de notre Cour.

Le refus du transfert de la convention collective se justifie, d'après le juge LeBel, du fait que

the purpose of s. 45 is to protect collective rather than individual rights and that the certification and the agreement were two separate legal matters. He noted that the Labour Court does not take a blanket approach, and usually declines to impose an agreement on a subcontractor that was negotiated by its predecessor. In doing this, it is acting within the authority conferred on it by the *Labour Code*. Furthermore, the agreement signed with Ivanhoe had expired and it was therefore not unreasonable to decline to transfer it. Lastly, in the view of LeBel J.A., the petition for cancellation was brought outside the relevant time period and was therefore not properly before the Labour Court. On the other hand, the decision by the commissioner and the Labour Court to deny the petition was not unreasonable, since Ivanhoe did not have a sufficient interest to present a petition for cancellation, because the certification was in effect with respect to another employer.

(b) Opinion of Brossard J.A.

Brossard J.A. concurred in the opinion of LeBel J.A. concerning the application of *Bibeault*, *supra*, to the facts of this case and concerning the outcome of the appeals. In his view, the decisions of the commissioners and the Labour Court in this case were not patently unreasonable. However, he did not agree with his colleague's opinion regarding the interpretation of s. 45 and of the *Bibeault* case. He also refused to express general approval for the jurisprudence of the Labour Court cited by LeBel J.A. For example, Brossard J.A. said that he did not approve of the complete rejection of the requirement that the part of the undertaking operated by another be essential to the main undertaking, although he believed that the weight given to that factor might vary with the facts of the case. On the question of the principles to be applied, he referred to his opinion in *Ultramar*, *supra*.

(c) Opinion of Zerbisias J. (ad hoc)

Zerbisias J. also believed that the appeals should be dismissed, but made it clear that her opinion should not be read as approval of the Labour Court jurisprudence cited by LeBel J.A. On that point, she preferred to refer to her opinions in the cases

l'art. 45 vise à protéger des droits collectifs plutôt qu'individuels et que l'accréditation et la convention constituent deux réalités juridiques distinctes. Le juge note que le tribunal adopte une position nuancée et refuse généralement d'imposer à un sous-traitant la convention négociée par son prédécesseur. Ce faisant, il agit dans les limites des pouvoirs que lui confère le *Code du travail*. La convention signée avec Ivanhoe était par ailleurs expirée et il n'était donc pas déraisonnable de refuser son transfert. Finalement, la requête en révocation avait été présentée, selon le juge LeBel, hors délai et était irrecevable pour ce motif. Par ailleurs, la décision du commissaire et du tribunal rejetant la requête n'était pas déraisonnable, puisqu'Ivanhoe ne possédait pas l'intérêt requis pour présenter une requête en révocation, l'accréditation étant en vigueur chez un autre employeur.

(b) Opinion du juge Brossard

Le juge Brossard souscrit à l'opinion du juge LeBel en ce qui a trait à l'application de l'arrêt *Bibeault*, précité, aux faits de l'espèce et à l'issue des pourvois. À son avis, les décisions des commissaires et du tribunal en l'espèce ne sont pas manifestement déraisonnables. Cependant, il se dissocie de l'opinion de son collègue pour ce qui est de l'interprétation de l'art. 45 et de l'arrêt *Bibeault*. Il refuse aussi d'approuver de façon générale la jurisprudence du Tribunal du travail citée par le juge LeBel. Le juge Brossard indique par exemple qu'il désapprouve le rejet complet de l'exigence que la partie d'entreprise concédée soit essentielle à l'entreprise principale, bien qu'il considère que l'importance de ce critère pourra varier selon les faits de l'espèce. Pour les principes applicables, il se réfère à son opinion dans l'affaire *Ultramar*, précitée.

(c) Opinion du juge Zerbisias (ad hoc)

Le juge Zerbisias pense aussi que les appels doivent être rejetés, mais précise que son opinion ne doit pas être interprétée comme une approbation de la jurisprudence du Tribunal du travail citée par le juge LeBel. À ce sujet, elle préfère s'en remettre

19

20

that the Court of Appeal had heard together with the case now before us. She stated that the question of whether s. 45 could apply to the transfer of the operation of the part of Ivanhoe's undertaking that involved janitorial services was not in issue in this case, since at the time of the transfer to Moderne, Ivanhoe had not opposed the application of s. 45. In the view of Zerbisias J., only the legal relationship issue arose in this case. Lastly, like Brossard J.A., she observed that the centrality of the transferred part of the undertaking was, in her view, one of the factors to be considered in determining whether s. 45 applied.

#### IV. Issues

21 In this Court, Ivanhoe and three of the contractors — Service d'entretien Empro inc., Compagnie d'entretien d'édifice Arcade ltée and Distinction Service d'entretien inc. — are challenging the validity of the decisions of commissioner Bibeault and the Labour Court transferring the certification. In their view, these decisions are in direct conflict with *Bibeault*, *supra*, and with later decisions by this Court, in that, first, they adopt a functional definition of an undertaking so that s. 45 can apply to subcontracts for janitorial services, and second, they reject the requirement for a legal relationship between the former and the new employer.

22 In addition, the union is appealing the part of the decision of the Court of Appeal affirming the refusal to transfer the collective agreement. In its view, the collective agreement must necessarily follow the certification once a commissioner has ruled that s. 45 applies.

23 Lastly, Ivanhoe is challenging the decision of commissioner Boily and the Labour Court denying its petition for cancellation of the certification. In Ivanhoe's view, it is clear both that union members are no longer a majority of its employees and that the Court of Appeal has held that employers which have no employees are entitled to seek cancellation

aux opinions qu'elle a émises dans les dossiers entendus par la Cour d'appel avec la présente affaire. Le juge précise que la question de savoir si la partie de l'entreprise d'Ivanhoe consacrée à l'entretien ménager peut faire l'objet d'une concession entraînant l'application de l'art. 45 n'est pas en litige ici, puisqu'Ivanhoe n'avait pas, au moment du transfert effectué en faveur de Moderne, contesté l'application de l'art. 45. Selon le juge Zerbisias, seule la question du lien de droit se posait dans la présente affaire. Finalement, elle note comme le juge Brossard que le caractère essentiel de la partie d'entreprise concédée par rapport à l'ensemble constitue à son avis l'un des critères à considérer pour déterminer si l'art. 45 doit s'appliquer.

#### IV. Les questions en litige

Devant notre Cour, Ivanhoe et trois des entrepreneurs — Service d'entretien Empro inc., Compagnie d'entretien d'édifice Arcade ltée et Distinction Service d'entretien inc. — contestent la validité des décisions du commissaire Bibeault et du Tribunal du travail prononçant le transfert de l'accréditation. À leur avis, ces décisions contredisent directement l'arrêt *Bibeault*, précité, et la jurisprudence subséquente de notre Cour, d'une part en adoptant une conception fonctionnelle de l'entreprise permettant l'application de l'art. 45 à des contrats de sous-traitance en entretien ménager et d'autre part en rejetant l'exigence d'un lien de droit entre l'employeur précédent et le nouvel employeur.

Par ailleurs, le syndicat se pourvoit contre la partie de la décision de la Cour d'appel confirmant le refus de transférer la convention collective. Selon lui, celle-ci doit nécessairement suivre l'accréditation une fois qu'un commissaire a jugé que l'art. 45 devait s'appliquer.

Finalement, Ivanhoe conteste la décision du commissaire Boily et du Tribunal du travail rejetant sa requête en révocation d'accréditation. À son avis, il est clair que le syndicat ne groupe plus la majorité de ses salariés et que la Cour d'appel a par ailleurs reconnu aux employeurs sans salariés le droit de demander la révocation de l'accrédita-



of the certification. In the circumstances, refusing cancellation would be unreasonable and contrary to what s. 41 provides.

## V. Analysis

### A. *Applicable Standard of Review*

The parties conceded that the applicable standard of review in this case is patent unreasonableness. Bastarache J., in *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, at paras. 23-38, clarified the tests to be applied in determining the proper standard of review. He stated, at para. 27, that the pragmatic and functional approach developed in *Bibeault*, *supra*, must apply and that, accordingly, the analysis must seek to determine legislative intent regarding the jurisdiction of the administrative tribunal in question. Several factors must be examined in order to determine that intent. The presence of a full privative clause is a strong indication of the intent to leave determination of the issue to the tribunal. On that point, Bastarache J. said, at para. 30:

The absence of a privative clause does not imply a high standard of scrutiny, where other factors bespeak a low standard. However, the presence of a “full” privative clause is compelling evidence that the court ought to show deference to the tribunal’s decision, unless other factors strongly indicate the contrary as regards the particular determination in question.

This Court defined the concept of a full privative clause in *Pasiechnyk v. Saskatchewan (Workers’ Compensation Board)*, [1997] 2 S.C.R. 890, at para. 17:

A “full” or “true” privative clause is one that declares that decisions of the tribunal are final and conclusive from which no appeal lies and all forms of judicial review are excluded.

Where such a clause is present, the courts must therefore show deference to administrative decisions. The other factors to be considered are the expertise of the administrative tribunal, the purpose of the enabling legislation and of the specific

tion. Un refus serait, dans ces circonstances, déraisonnable et contraire au texte de l’art. 41.

## V. Analyse

### A. *La norme de contrôle applicable*

Les parties ont concédé que la norme de contrôle applicable en l’espèce est celle de l’erreur manifestement déraisonnable. Le juge Bastarache, dans l’arrêt *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, par. 23 à 38, a clarifié les critères à appliquer pour déterminer la norme de contrôle appropriée. Il a indiqué, au par. 27, que l’approche pragmatique et fonctionnelle élaborée dans l’arrêt *Bibeault*, précité, doit s’appliquer et que l’analyse doit en conséquence viser à déterminer l’intention du législateur quant à la compétence du tribunal administratif en cause. Pour découvrir cette intention, plusieurs facteurs doivent être examinés. La présence d’une clause privative intégrale constitue une forte indication de l’intention de laisser au tribunal le soin de trancher la question. À ce sujet, le juge Bastarache indique ce qui suit, au par. 30 :

L’absence de clause privative n’implique pas une norme élevée de contrôle, si d’autres facteurs commandent une norme peu exigeante. Toutefois, la présence d’une telle clause «intégrale» atteste persuasivement que la cour doit faire montre de retenue à l’égard de la décision du tribunal administratif, sauf si d’autres facteurs suggèrent fortement le contraire en ce qui a trait à la décision en cause.

Notre Cour a défini la notion de clause privative intégrale dans l’affaire *Pasiechnyk c. Saskatchewan (Workers’ Compensation Board)*, [1997] 2 R.C.S. 890, par. 17 :

Une clause privative «intégrale» ou «véritable» est celle qui déclare que les décisions du tribunal administratif sont définitives et péremptoires, qu’elles ne peuvent pas faire l’objet d’un appel et que toute forme de contrôle judiciaire est exclue dans leur cas.

La présence d’une telle clause doit donc inciter les tribunaux à faire preuve de déférence envers les décisions administratives. Les autres facteurs à considérer sont l’expertise du tribunal administratif, l’objet de la loi habilitante et de la disposition

provision in issue, as well as the factual or legal nature of the problem in the case at bar.

25

In this case, a rapid review of these factors clearly shows that the parties rightly agreed that the applicable standard is patent unreasonableness, the highest degree of judicial deference. The following provisions are found in the *Labour Code*:

**139.** Except on a question of jurisdiction and except when the Court is sitting in penal matters, no extraordinary recourse contemplated in articles 834 to 846 of the Code of Civil Procedure (chapter C-25) shall be exercised and no injunction granted against an arbitrator, the Conseil des services essentiels, a certification agent, a labour commissioner or the Court acting in their official capacities.

**139.1.** Except on a question of jurisdiction, article 33 of the Code of Civil Procedure (chapter C-25) does not apply to any person, body or agency mentioned in section 139 acting in their official capacities.

**140.** A judge of the Court of Appeal may annul summarily, upon petition, any writ, order or injunction issued or granted contrary to sections 139 and 139.1.

The Code therefore contains general full privative clauses, clearly indicating the legislative intent to leave the final disposition of all cases relating to the Code to the administrative decision-makers. With regard to the application of s. 45, the legislature has clearly expressed its intent by including an additional privative clause, set out in s. 46, which provides that the labour commissioner may “rule on any matter relating to the application of section 45” and that for such purpose he or she may “determine the applicability of that section”. In other words, the legislature has clearly indicated that it intended to give the labour commissioner exclusive jurisdiction to determine whether the conditions for s. 45 to apply are present, and accordingly, to dispose of any questions relating to whether an undertaking has been alienated or is being operated by another.

26

Furthermore, although determining whether the conditions that must be met in order to conclude that an undertaking has been alienated or is being

particulière en cause ainsi que la nature factuelle ou juridique du problème en l’espèce.

Dans la présente affaire, un examen rapide de ces éléments indique clairement que c’est à bon droit que les parties conviennent que la norme à appliquer est celle de l’erreur manifestement déraisonnable, soit le plus haut degré de retenue judiciaire. On retrouve au *Code du travail* les dispositions suivantes :

**139.** Sauf sur une question de compétence, aucun des recours extraordinaires prévus aux articles 834 à 846 du Code de procédure civile (chapitre C-25) ne peut être exercé ni aucune injonction accordée contre un arbitre, le Conseil des services essentiels, un agent d’accréditation, un commissaire du travail ou le tribunal agissant en leur qualité officielle sauf si ce dernier siège en matière pénale.

**139.1.** Sauf sur une question de compétence, l’article 33 du Code de procédure civile (chapitre C-25) ne s’applique pas aux personnes ni aux organismes visés à l’article 139 agissant en leur qualité officielle.

**140.** Un juge de la Cour d’appel peut, sur requête, annuler sommairement tout bref délivré et toute ordonnance ou injonction prononcées à l’encontre des articles 139 et 139.1.

Le Code contient donc des clauses privatives générales intégrales, indiquant clairement l’intention du législateur de laisser aux instances administratives le soin de trancher de façon définitive tous les litiges reliés au Code. En ce qui a trait à l’application de l’art. 45, le législateur indique spécifiquement son intention par le truchement d’une autre clause privative que l’on retrouve à l’art. 46. Celui-ci indique que le commissaire du travail peut « trancher toute question relative à l’application de l’article 45 » et qu’il peut à cette fin « en déterminer l’applicabilité ». En somme, le législateur a clairement indiqué qu’il entendait laisser au commissaire du travail la compétence exclusive de déterminer les conditions d’application de l’art. 45, et donc, de régler les questions relatives à l’existence d’une aliénation ou d’une concession d’entreprise.

De plus, bien que la détermination des conditions requises pour conclure à une aliénation ou à une concession d’entreprise puisse relever du droit

operated by another are present may involve both civil law and labour law, because the labour commissioners are continually applying the provisions of the *Labour Code* to transfers of undertakings, they have developed special expertise in this regard which is adapted to the specific context of labour relations and which is not shared by the courts. In addition, it is clear that the purpose of the Code is to establish a scheme that will “promote collective bargaining as a better means of guaranteeing industrial peace and of establishing equitable relations between employer and employees” (*Bibeault, supra*, at p. 1103). The legislature believed that to attain that objective, a specialized tribunal that would allow for the speedy and final resolution of disputes was needed.

Having regard to all of these factors, it is not surprising that the Quebec Court of Appeal concluded, in *Maison L’Intégrale inc. v. Tribunal du travail*, [1996] R.J.Q. 859, leave to appeal refused, [1996] 3 S.C.R. xi, that the standard of review to be applied in reviewing decisions relating to s. 45 must be patent unreasonableness. What prompted both the Court of Appeal and this Court, in this instance, to consider the issue more closely was that in *Bibeault, supra*, at pp. 1091-98, Beetz J. concluded that the applicable standard must be correctness. Beetz J. examined the purpose of s. 45 and the expertise of the labour commissioner, which he found not to extend to such civil law issues as the alienation or operation by another of an undertaking, but most importantly the wording of s. 46 as it read at that time, and concluded that the issue to be determined did not fall within the commissioner’s specific jurisdiction. However, there have been major changes since *Bibeault* was decided by this Court.

First, as I mentioned earlier, the labour commissioners have developed their own expertise in this regard; most importantly, s. 46 itself has been amended. As the Quebec Court of Appeal stated in *Maison L’Intégrale, supra*, at pp. 867-69, after *Bibeault* was decided, the legislature wanted to make an unequivocal statement that its intent was

civil autant que du droit du travail, les commissaires du travail ont développé, à la suite d’une application constante des dispositions du *Code du travail* en cas de transmission d’entreprise, une expertise particulière en la matière, adaptée au contexte spécifique des relations de travail, qui n’est pas partagée par les cours de justice. Par ailleurs, il est clair que l’objet du Code est de mettre en place un régime visant à « promouvoir la négociation collective comme moyen de mieux garantir la paix industrielle et d’établir des relations équitables entre employeur et salariés » (*Bibeault, précité*, p. 1103). Le législateur a jugé que l’existence d’un tribunal spécialisé permettant un règlement rapide et final des différends était nécessaire pour atteindre cet objectif.

Vu l’ensemble de ces facteurs, il n’est pas surprenant que la Cour d’appel du Québec ait conclu, dans l’arrêt *Maison L’Intégrale inc. c. Tribunal du travail*, [1996] R.J.Q. 859, autorisation de pourvoi refusée, [1996] 3 R.C.S. xi, que la norme de contrôle à appliquer pour la révision des décisions portant sur l’art. 45 doit être celle de l’erreur manifestement déraisonnable. Ce qui a incité la Cour d’appel, ainsi que notre Cour en l’espèce, à examiner la question de plus près, c’est que dans l’affaire *Bibeault, précitée*, p. 1091-1098, le juge Beetz avait conclu que la norme applicable devait être celle de l’erreur simple. Le juge Beetz avait en effet examiné l’objet de l’art. 45 et l’expertise du commissaire du travail, qu’il avait jugée ne pas porter sur les questions de droit civil comme l’aliénation ou la concession d’entreprise, mais surtout le libellé de l’art. 46 en vigueur à l’époque, pour conclure que la question à trancher ne relevait pas de la compétence spécifique du commissaire. Cependant, des changements importants sont survenus depuis que notre Cour a décidé l’affaire *Bibeault*.

Tout d’abord, comme je l’ai indiqué plus haut, les commissaires du travail ont développé leur expertise propre en la matière, mais surtout, le texte de l’art. 46 a été modifié. Comme l’indique la Cour d’appel du Québec dans l’affaire *Maison L’Intégrale, précitée*, p. 867-869, le législateur a voulu, à la suite de l’arrêt *Bibeault*, indiquer de

27

28

to give the commissioner exclusive jurisdiction to determine whether an undertaking had been alienated or was being operated by another. Whereas when *Bibeault* was decided, s. 46 read:

**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. [Emphasis added.]

Since 1990, the section provides:

**46.** It shall be the duty of the labour commissioner, upon the motion of an interested party, to rule on any matter relating to the application of section 45.

For such purpose, the labour commissioner may determine the applicability of that section and issue any order deemed necessary to effect the transfer of rights or obligations contemplated therein. He may also settle any difficulty arising out of the application of that section. [Emphasis added.]

29

In his analysis of the applicable standard of review, Beetz J. stresses the language used in s. 46. He stated, at p. 1091:

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:

. . . .

Under this section, the commissioner's role is limited to "recording" the transfer of rights and obligations guaranteed in s. 45. [Emphasis added.]

That is what persuaded the Court to conclude that not only was s. 46 not an additional privative clause, but it gave the commissioner the authority only to resolve administrative difficulties that might arise from the application of s. 45, which applied by operation of law and not at the discretion of the commissioner so that its application could not be affected by the general privative clauses in the *Labour Code*. It is immediately

façon non équivoque son intention de laisser à la compétence exclusive du commissaire la question de décider de la présence d'une aliénation ou d'une concession d'entreprise. Alors qu'à l'époque de l'arrêt *Bibeault*, l'art. 46 se lisait comme suit :

**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. [Je souligne.]

Depuis 1990, le même article indique :

**46.** Il appartient au commissaire du travail, sur requête d'une partie intéressée, de trancher toute question relative à l'application de l'article 45.

À cette fin, il peut en déterminer l'applicabilité et rendre toute ordonnance jugée nécessaire pour assurer la transmission des droits ou des obligations visée à cet article. Il peut aussi régler toute difficulté découlant de l'application de cet article. [Je souligne.]

Dans son analyse de la norme de contrôle applicable, le juge Beetz insiste sur le langage utilisé à l'art. 46. Il indique, à la p. 1091 :

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:

. . . .

En vertu de cet article, le rôle du commissaire se limite à «constater» la transmission des droits et obligations garantis à l'art. 45. [Je souligne.]

C'est ce qui a poussé la Cour à conclure que l'art. 46, loin de constituer une clause privative additionnelle, ne conférait au commissaire que le pouvoir de régler les difficultés administratives pouvant découler de l'application de l'art. 45, qui se faisait de plein droit, sans l'intervention de la discrétion du commissaire, et qui ne pouvait pas être influencée par les clauses privatives générales du *Code du travail*. On constate immédiatement

apparent that the new version of s. 46 is quite different and that the wording of that section, which was drafted after *Bibeault*, is intended to give the commissioner the express authority to determine the applicability of s. 45, and thus the authority to decide whether an undertaking has been alienated or is being operated by another.

The legislature has therefore extended the commissioner's authority and a commissioner is now always acting within his or her exclusive jurisdiction when he or she determines whether an undertaking has been alienated or is being operated by another. In these circumstances, only patently unreasonable errors will result in intervention by the courts, and the only issue that arises in the case before us is therefore whether the commissioner, and the Labour Court after him, committed an error of that nature when they concluded that the certification had to be transferred and the collective agreement did not.

With respect to the application of s. 41 of the *Labour Code*, plainly, and again as admitted by the parties, by virtue of the general privative clauses in the Code and the other factors set out above, the applicable standard of review can only be patent unreasonableness.

It is important to bear in mind that judicial deference, which is fundamental in administrative law, is of particularly central importance in labour law, as this Court has pointed out on many occasions in the past (*Canadian Union of Public Employees Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227, at pp. 235-36; *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455, at pp. 464-65; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740*, [1990] 3 S.C.R. 644, at pp. 669-70; *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1993] 1 S.C.R. 941 (hereinafter "PSAC"), at pp. 960-61). Cory J., writing for the majority in *Toronto (City) Board of Education v.*

que le nouvel art. 46 est bien différent et que sa rédaction, postérieure à l'arrêt *Bibeault*, vise à conférer explicitement au commissaire le pouvoir de déterminer l'applicabilité de l'art. 45, donc celui de décider de la présence d'une aliénation ou d'une concession d'entreprise.

Le pouvoir du commissaire a donc été élargi par le législateur et il agit toujours dans les limites de sa compétence propre lorsqu'il détermine si une aliénation ou une concession d'entreprise a eu lieu. Dans ces circonstances, seule une erreur manifestement déraisonnable peut entraîner l'intervention des cours de justice, et la question qui se pose en l'espèce est donc uniquement celle de savoir si le commissaire, et à sa suite le Tribunal du travail, ont commis une telle erreur en concluant au transfert de l'accréditation, ainsi qu'à l'absence de transfert de la convention collective.

En ce qui a trait à l'application de l'art. 41 du *Code du travail*, il est clair et encore une fois admis par les parties que, compte tenu des clauses privatives générales du Code, ainsi que des autres facteurs énumérés plus haut, la norme de contrôle applicable ne peut être que celle de l'erreur manifestement déraisonnable.

D'ailleurs, il importe de rappeler que la retenue judiciaire, fondamentale en droit administratif, revêt une importance particulièrement centrale en droit du travail, comme l'a souligné notre Cour à maintes reprises par le passé (*Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227, p. 235-236; *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455, p. 464-465; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740*, [1990] 3 R.C.S. 644, p. 669-670; *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941 (ci-après « AFPC »), p. 960-961). Ainsi, le juge Cory a indiqué au nom de la

30

31

32

*O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487, stated at para. 35:

[PSAC] emphasized the essential importance of curial deference in the context of labour relations where the decision of the tribunal, like the Board of Arbitration in the instant appeal, is protected by a broad privative clause. There are a great many reasons why curial deference must be observed in such decisions. The field of labour relations is sensitive and volatile. It is essential that there be a means of providing speedy decisions by experts in the field who are sensitive to the situation, and which can be considered by both sides to be final and binding.

33

At p. 50 of the judgment appealed from, LeBel J.A. stated that the applicable standard of review was reasonableness. However, it is clear from his decision that the analysis is in fact based on the standard of patent unreasonableness: LeBel J.A. referred to the concept of clearly irrational error, an expression adopted on several occasions by this Court to define the content of the patent unreasonableness standard of review (see *PSAC, supra*, at pp. 963-64; *Ajax (Town) v. CAW, Local 222*, [2000] 1 S.C.R. 538, 2000 SCC 23, at para. 2; *Centre communautaire juridique de l'Estrie v. Sherbrooke (City)*, [1996] 3 S.C.R. 84, at para. 11; *Toronto (City) Board of Education, supra*, at para. 46). He also cited with approval the decision of the Court of Appeal in *Maison L'Intégrale, supra*, which established that the applicable standard was patent unreasonableness (at pp. 46-47) and referred, in his examination of the content of the standard of review (at pp. 47-50), to a number of decisions of this Court relating to the standard of patent unreasonableness.

34

The principle of judicial deference and the application of the standard of patent unreasonableness mean that the Superior Court could have intervened in this case only if the decision of the Labour Court was, in the words of Cory J., again writing for the majority in *PSAC, supra*, at pp. 963-64, "clearly irrational, that is to say evi-

majorité dans l'arrêt *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487, par. 35 :

L'arrêt [AFPC] a fait ressortir qu'il est d'une importance capitale, dans le contexte des relations du travail, de faire preuve de retenue judiciaire dans les cas où la décision du tribunal, comme celle du conseil d'arbitrage en l'espèce, est protégée par une clause privative de large portée. Il existe de nombreuses raisons pour lesquelles il y a lieu de faire preuve de retenue judiciaire dans ces cas. Le domaine des relations de travail est délicat et explosif. Il est essentiel de disposer d'un moyen de pourvoir à la prise de décisions rapides, par des experts du domaine sensibles à la situation, décisions qui peuvent être considérées définitives par les deux parties.

À la page 50 de la décision dont appel, le juge LeBel indique que la norme de contrôle applicable est celle de l'erreur déraisonnable. Cependant, il ressort clairement de sa décision que l'analyse est en fait fondée sur la norme de l'erreur manifestement déraisonnable. En effet, le juge LeBel fait référence au concept de l'erreur clairement irrationnelle, terme qui a été adopté à plusieurs reprises par notre Cour pour définir le contenu de la norme de contrôle de l'erreur manifestement déraisonnable (voir *AFPC*, précité, p. 963-964; *Ajax (Ville) c. TCA, section locale 222*, [2000] 1 R.C.S. 538, 2000 CSC 23, par. 2; *Centre communautaire juridique de l'Estrie c. Sherbrooke (Ville)*, [1996] 3 R.C.S. 84, par. 11; *Conseil de l'Éducation de Toronto*, précité, par. 46). Il cite aussi avec approbation la décision de la Cour d'appel dans l'affaire *Maison L'Intégrale*, précitée, qui établit que la norme applicable est celle de l'erreur manifestement déraisonnable (p. 46-47) et fait référence, dans son étude du contenu de la norme de contrôle (p. 47-50), à plusieurs arrêts de notre Cour qui portent sur la norme de l'erreur manifestement déraisonnable.

En somme, le principe de la retenue judiciaire et l'application de la norme de l'erreur manifestement déraisonnable signifient que la Cour supérieure n'aurait pu intervenir en l'espèce que si la décision du Tribunal du travail avait été, comme le disait le juge Cory, toujours au nom de la majorité, dans l'affaire *AFPC*, précitée, p. 963, « clairement

dently not in accordance with reason”. In order to make that determination, it is essential to fully appreciate the broader context in which the impugned decisions were rendered, and particularly the internal administrative conflicts that led to the decision in *Bibeault*, *supra*, and the reaction of the Quebec labour law authorities after that case was decided by this Court.

### B. Background to *Bibeault*

The conclusions reached in *Bibeault*, *supra*, can be understood only if we bear in mind not just the specific fact situation in that case, but also the ongoing debate within the Labour Court which made it necessary for this Court to intervene. At pp. 50-53 of the judgment appealed from, LeBel J.A. did a detailed review of the approach taken by the Labour Court before *Bibeault*. He noted that the precursor to s. 45 of the *Labour Code*, s. 10a of the *Labour Relations Act*, R.S.Q. 1941, c. 162A, was enacted in 1961 to correct the injustices caused by the strict application of the civil law principle of privity of contract, now codified in art. 1440 of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64 (hereinafter “*C.C.Q.*”). He then pointed out, at p. 51:

[TRANSLATION] The enactment of this legislation did not resolve the problems associated with the transfer of an undertaking. In fact, it raised acute problems of interpretation relating to the most fundamental concepts of the law, including the concept of operation by another, especially with respect to issues of operation by another of part of an undertaking. Quebec labour law authorities had to intervene frequently, but were unable to establish a uniform, consistent interpretive policy.

As explained by LeBel J.A., when the Labour Relations Board considered a case involving operation by another of part of an undertaking in *Syndicat national des employés de l'aluminium d'Arvida inc. v. J.-R. Théberge ltée*, [1965] R.D.T. 449, it initially decided to adopt a so-called functional definition of an undertaking. The concept of an undertaking therefore had to be defined in terms of the work being done. This definition of an undertaking was then adopted by the Labour Court in

irrationnelle, c'est-à-dire, de toute évidence non conforme à la raison ». Pour en arriver à une telle détermination, il est essentiel de bien comprendre le contexte plus large dans lequel les décisions attaquées ont été rendues, en particulier les conflits administratifs internes ayant mené à l'arrêt *Bibeault*, précité, et la réaction des instances québécoises du travail à la suite de cette décision de notre Cour.

### B. Historique de l'arrêt *Bibeault*

Les conclusions de l'arrêt *Bibeault*, précité, ne peuvent se comprendre que si l'on garde à l'esprit non seulement la situation factuelle spécifique à cette affaire, mais aussi la controverse qui régnait au sein du Tribunal du travail et qui a rendu l'intervention de notre Cour nécessaire. Aux pages 50-53 de la décision dont appel, le juge LeBel effectue une revue détaillée de l'orientation du Tribunal du travail avant l'affaire *Bibeault*. Il note que l'ancêtre de l'art. 45 du *Code du travail*, l'art. 10a de la *Loi des relations ouvrières*, S.R.Q. 1941, ch. 162A, a été adopté en 1961 pour remédier aux injustices créées par une application stricte du principe de droit civil de la relativité des contrats, maintenant codifié à l'art. 1440 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 (ci-après « *C.c.Q.* »). Il indique ensuite à la p. 51 :

L'adoption de cette législation ne régla pas les problèmes de transmission d'entreprise. Elle souleva, en effet, des difficultés d'interprétation aiguës, notamment autour des concepts les plus fondamentaux de la loi, comme la notion de concession d'entreprise, particulièrement à l'égard des questions de concession partielle. Les juridictions du travail québécoises durent intervenir fréquemment, sans réussir à dégager une politique d'interprétation uniforme et constante.

C'est ainsi que, comme l'explique le juge LeBel, la Commission des relations de travail, examinant une question de concession partielle, a décidé dans un premier temps d'adopter une conception dite fonctionnelle de l'entreprise, dans l'affaire *Syndicat national des employés de l'aluminium d'Arvida inc. c. J.-R. Théberge ltée*, [1965] R.D.T. 449. La notion d'entreprise devait donc être définie en termes des tâches accomplies. Cette conception de l'entreprise fut ensuite adoptée par

35

36

two leading decisions, *Centrale de Chauffage enr. v. Syndicat des employés des Institutions religieuses de Chicoutimi inc.*, [1970] R.D.T. 344, and *Barnes Security Service Ltd. v. Association internationale des machinistes et des travailleurs de l'aérospatiale, section locale 2235*, [1972] T.T. 1. During the early 1980s, the court became divided on this issue, with some judges adopting instead a so-called organic definition of an undertaking and viewing it as a set of various kinds of components — physical, human, intellectual and legal — which were used to carry on an activity (*Syndicat des salariés de service d'entretien v. Montcalm Carpets Specialists Ltd.*, [1981] T.T. 273; *Entrepôts Schenker ltée v. Travailleurs canadiens de l'alimentation et d'autres industries, section locale P-766*, [1981] T.T. 420; *Mode Amazone v. Comité conjoint de Montréal de l'Union internationale des ouvriers du vêtement pour dames*, [1983] T.T. 227).

le Tribunal du travail par le biais de deux décisions importantes, *Centrale de Chauffage enr. c. Syndicat des employés des Institutions religieuses de Chicoutimi inc.*, [1970] R.D.T. 344, et *Barnes Security Service Ltd. c. Association internationale des machinistes et des travailleurs de l'aérospatiale, section locale 2235*, [1972] T.T. 1. Au début des années 80, le tribunal s'est divisé sur cette question, certains juges adoptant plutôt une conception dite organique de l'entreprise, définissant celle-ci comme un ensemble d'éléments de diverses natures — physique, humaine, intellectuelle et juridique — permettant la poursuite d'une activité (*Syndicat des salariés de service d'entretien c. Montcalm Carpets Specialists Ltd.*, [1981] T.T. 273; *Entrepôts Schenker ltée c. Travailleurs canadiens de l'alimentation et d'autres industries, section locale P-766*, [1981] T.T. 420; *Mode Amazone c. Comité conjoint de Montréal de l'Union internationale des ouvriers du vêtement pour dames*, [1983] T.T. 227).

37

In *Barnes*, *supra*, the Labour Court also adopted the requirement that there be a legal relationship between the transferor and the transferee of the operation if it were to be concluded that the certification and the collective agreement had to be transferred. The subsequent decisions of the Labour Court followed this principle, declining to transfer the certification originally respecting one transferee to the next transferee when the first transfer of the operation expired. A few years later, in *Jack Schwartz Service Station v. Teamsters Local Union 900*, [1975] T.T. 125, the Labour Court changed its approach. In that case, the Labour Court decided that where there was a new employer, and the two undertakings were substantially the same, this was sufficient to conclude that the certification had to be transferred, even where there was no legal relationship. This principle was not unanimously accepted by all the judges of the Labour Court, which was once again significantly divided, with some of its decisions continuing to uphold the requirement that there be a meeting of minds in order for it to be concluded that a transfer resulting in the certification surviving had occurred (see *Montcalm Carpets Specialists, supra*).

Dans l'affaire *Barnes*, précitée, le tribunal a par ailleurs énoncé l'exigence d'un lien de droit entre le concédant et le concessionnaire pour conclure au transfert de l'accréditation et de la convention collective. La jurisprudence subséquente du tribunal s'est conformée à ce principe, refusant de transférer l'accréditation visant originellement un concessionnaire au concessionnaire suivant lors de l'expiration de la première concession. Quelques années plus tard, le Tribunal du travail a modifié son orientation dans *Jack Schwartz Service Station c. Teamsters Local Union 900*, [1975] T.T. 125. Il a été décidé dans cette affaire que la présence d'un nouvel employeur, jumelée à une identité substantielle entre les deux entreprises, était suffisante pour conclure au transfert de l'accréditation, même en l'absence de lien de droit. Ce principe n'a pas su faire l'unanimité au sein du tribunal, qui s'est encore une fois divisé de façon significative, certaines décisions du tribunal continuant à maintenir l'exigence d'une rencontre de volontés pour conclure à l'existence d'un transfert pouvant entraîner la survie de l'accréditation (voir *Montcalm Carpets Specialists*, précité).



LeBel J.A. described the situation that prevailed at the Labour Court just before this Court intervened in *Bibeault* (at p. 52), as follows:

[TRANSLATION] The organic and functional definitions of an undertaking clashed at the Labour Court, as did various theories relating to the succession or substantial continuity of undertakings or the need for a contractual relationship; this was the case until *Bibeault*, in which the Labour Court, in a collegial decision, tried in vain to establish a common interpretive approach. In fact, the Labour Court issued six different opinions that were so divergent that one author entitled its conclusions “Un consensus à rechercher” [still seeking consensus] (Robert P. Gagnon, “L’article 45 du Code du travail après le jugement C.S.R. Outaouais”, in Marc Brière, Robert P. Gagnon and Catherine Saint-Germain, *La transmission d’entreprise en droit du travail*, Cowansville: Y. Blais, 1982, p. 165).

It is therefore clear that at the time *Bibeault*, *supra*, was decided, the Labour Court found itself so deadlocked that no solution could apparently be reached unless the higher courts stepped in. At that point, the Labour Court had been unable to develop a coherent policy for interpreting s. 45 that would have provided a clear definition of what constitutes an undertaking and of what type of transfer is required in order for s. 45 to apply. The decision in *Bibeault* answered these questions and broke the deadlock, so that the Labour Court could once again function properly. That case was also based on a very particular fact situation, which had brought the disagreements within the Labour Court clearly into focus.

*Bibeault*, *supra*, was in fact a dispute between two labour unions. Beetz J. summarized the facts of the case at pp. 1056-58. The CSN had been granted certification in relation to two subcontractors that were responsible for janitorial services for the Commission scolaire régionale de l’Outaouais (hereinafter “CSRO”), in respect of which no certification had ever been granted, and which had never performed the janitorial services itself. In 1980, the CSRO decided to contract the janitorial services out to a new subcontractor. Shortly thereafter, the FTQ filed a petition for certification covering the new subcontractor’s employees, and at

Le juge LeBel décrit ainsi la situation qui régnait au Tribunal du travail à la veille de l’intervention de notre Cour dans l’affaire *Bibeault* (à la p. 52) :

Les conceptions organique et fonctionnelle de l’entreprise s’affrontèrent au sein du Tribunal du travail, ainsi que des théories diverses touchant la succession d’entreprises, la continuité substantielle de celles-ci ou la nécessité d’un lien contractuel, jusqu’à cette affaire *Bibeault*, où le Tribunal du travail tenta vainement, dans une décision collégiale, de dégager une approche d’interprétation commune. Le Tribunal du travail émit, en effet, six opinions différentes, si divergentes, qu’un auteur coiffa ses conclusions du titre « Un consensus à rechercher » (Robert P. Gagnon, « L’article 45 du Code du travail après le jugement C.S.R. Outaouais », dans Marc Brière, Robert P. Gagnon et Catherine Saint-Germain, *La transmission d’entreprise en droit du travail*, Cowansville : Y. Blais, 1982, p. 165).

Il est donc clair qu’à l’époque de l’arrêt *Bibeault*, précité, le Tribunal du travail se trouvait dans une impasse apparemment insoluble sans l’intervention des tribunaux supérieurs. Le tribunal n’avait pas su développer, à ce moment, une politique d’interprétation cohérente de l’art. 45 permettant de déterminer ce que constitue une entreprise et quel type de transfert est requis pour entraîner l’application de l’art. 45. L’arrêt *Bibeault* est donc venu répondre à ces questions et dénouer l’impasse, pour permettre au Tribunal du travail de fonctionner à nouveau normalement. Cette affaire est aussi fondée sur un contexte factuel bien particulier, qui a fait ressortir les dissensions au sein du tribunal.

L’affaire *Bibeault*, précitée, était en fait un litige entre syndicats. Le juge Beetz résume les faits de l’affaire aux p. 1056-1058. La CSN avait obtenu une accréditation auprès de deux sous-traitants responsables de l’entretien ménager pour la Commission scolaire régionale de l’Outaouais (ci-après « CSRO »), qui n’avait elle-même jamais été visée par une accréditation, et qui n’avait jamais effectué elle-même l’entretien. En 1980, la CSRO décide de confier l’entretien ménager à un nouveau sous-traitant. Peu de temps après, la FTQ dépose une requête en accréditation visant les salariés du sous-traitant, alors que la CSN cherche à faire recon-

38

39

40

the same time the CSN sought to have the transfer of its certifications recognized. The subcontractors had never entered into any agreement between themselves, and were related only by the fact that they were operating competing undertakings of the same type. After noting the ongoing debate within the Labour Court, at pp. 1059-65, Beetz J. stated at p. 1065:

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.

41 Indeed, although seven of the eleven judges agreed to affirm the conclusion of the commissioner, which was that the CSN certifications had to be transferred to the new subcontractor, they did not agree on the reasons justifying that decision (*Bibeault*, at pp. 1066-76). With regard to the need for there to be a legal relationship between the two employers, five judges took the view that this was not at all a condition for the application of s. 45, one judge thought that while a relationship was necessary, it was not mandatory that it be contractual or legal, and that in the case in question it was provided by the CSRO, and another judge was of the view that the requisite legal relationship could be indirect and that the fact that the work was contracted out by the same party was sufficient in the case in question to meet that requirement. The four dissenting judges took the view that a legal relationship was essential and that it had to take the form of a consensual act to transfer the undertaking, and that this requirement had evidently not been met in the instant case.

42 On the question of the definition of the concept of an undertaking, the differences of opinion were even more significant. Four of the majority judges adopted a functional definition of an undertaking, while another took an intermediate position, adopting a pragmatic approach based on the certification, the work to be done and the place where it was to be done. Another of the majority judges said he agreed both with the functional approach

naître le transfert de ses accréditations. Les sous-traitants n'avaient jamais conclu d'entente entre eux et n'étaient liés que par le fait qu'ils exploitaient, en concurrence, le même type d'entreprise. Après avoir pris note, aux p. 1059-1065, des controverses faisant rage au sein du Tribunal du travail, le juge Beetz indique à la p. 1065 :

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.

En effet, bien que sept des onze juges s'entendent pour confirmer la conclusion du commissaire selon laquelle les accréditations de la CSN devaient être transférées au nouveau sous-traitant, ils ne s'entendent pas sur les motifs justifiant cette décision (*Bibeault*, p. 1066-1076). À propos de la nécessité d'un lien de droit entre les deux employeurs, cinq juges pensent qu'elle ne constitue en aucune façon une condition d'application de l'art. 45; un juge estime qu'un lien est nécessaire, mais que ce lien ne doit pas obligatoirement être contractuel ou juridique et qu'il est assuré en l'espèce par la CSRO; et un autre juge considère que le lien juridique requis peut être indirect et que la présence d'un donneur d'ouvrage commun est suffisante en l'espèce pour remplir cette exigence. Les quatre juges dissidents, pour leur part, estiment qu'un lien de droit est indispensable et qu'il doit se manifester par le biais d'un acte consensuel de transfert d'entreprise, exigence qui de toute évidence n'est pas satisfaite en l'espèce.

Quant à la définition de la notion d'entreprise, les divergences d'opinion sont encore plus significatives. Quatre des juges majoritaires adoptent une conception fonctionnelle de l'entreprise, alors qu'un autre choisit plutôt une position intermédiaire, adoptant une approche pragmatique fondée sur l'accréditation, les tâches à effectuer et le lieu où elles doivent être effectuées. Un autre des juges majoritaires se dit en accord à la fois avec l'ap-

and the intermediate position adopted by his colleague, while Judge Brière, also a member of the majority, adopted a different definition of an undertaking based on functions and the identity of the persons who performed them (that is, for the purpose of the application of s. 45, the employees). Finally, three of the dissenting judges adopted an organic definition of an undertaking, while one of them opted for a different approach, defining the undertaking by reference to the janitorial operations in specific schools, but finding that the fact that there had never been a certification in respect of the Commission scolaire itself was an insurmountable obstacle to the application of s. 45 in that case.

When presented with this decision of the Labour Court, the Superior Court granted the writ of evocation sought by the FTQ in a decision summarized by Beetz J. in *Bibeault*, at pp. 1076-79. The Superior Court held that the applicable standard of review had to be correctness, and stated its general agreement with the reasons of the dissenting judges. The Court of Appeal affirmed that decision.

It was against this backdrop that Beetz J. sought to dispose definitively of the two issues dividing the Labour Court and the parties. He made it plain that in order for s. 45 to apply, there must be a consensual legal transfer of the undertaking from one employer to another. He stated, at p. 1122:

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.

Beetz J. began by establishing, at pp. 1098-1102, that collective bargaining had to take place in a three-part framework consisting of an employer, an undertaking and an association of employees. When an undertaking was alienated or operated by another, the essential components of this framework therefore had to survive if it was to be concluded that s. 45 applied. One of the natural conse-

proche fonctionnelle et avec la position intermédiaire adoptée par son collègue, alors que le juge Brière, aussi majoritaire, adopte une conception de l'entreprise différente, fondée sur les fonctions et l'identité de ceux qui les accomplissent (c'est-à-dire, aux fins de l'application de l'art. 45, des salariés). Finalement, trois des juges dissidents adoptent une conception organique de l'entreprise et l'un d'entre eux privilégie une approche différente, définissant l'entreprise par rapport aux opérations d'entretien ménager dans les écoles précises, mais jugeant que le fait que la Commission scolaire n'ait jamais elle-même été visée par une accréditation constitue un obstacle insurmontable à l'application de l'art. 45 en l'espèce.

Face à une telle décision du Tribunal du travail, la Cour supérieure a accordé le bref d'évocation demandé par la FTQ, dans une décision résumée par le juge Beetz aux p. 1076-1079 de l'affaire *Bibeault*. La Cour supérieure a jugé que la norme de contrôle applicable devait être celle de l'erreur simple et s'est trouvée en accord général avec les motifs des juges dissidents. La Cour d'appel a confirmé cette décision.

C'est dans ce contexte que le juge Beetz a voulu trancher de façon définitive les deux questions qui divisaient le tribunal et les parties. Il indique clairement que, pour que l'art. 45 puisse trouver application, il doit y avoir une transmission juridique consensuelle de l'entreprise d'un employeur à un autre. Il s'exprime ainsi, à la p. 1122 :

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.

Le juge Beetz avait d'abord établi, aux p. 1098-1102, que la négociation collective devait s'effectuer dans un cadre tripartite comprenant un employeur, une entreprise et une association de salariés. La subsistance, à la suite d'une aliénation ou d'une concession, des éléments essentiels de ce cadre était donc nécessaire pour conclure à l'application de l'art. 45. L'une des conséquences qui

43

44

quences of this requirement is that s. 45 can have no effect unless there is a voluntary transfer of rights between the former employer and the new employer (at pp. 1110-20). In *Bibeault*, there had been no transfers among the various subcontractors, and the CSRO itself could not have transferred the operation within the meaning s. 45, since no certification had ever been issued in respect of it and it therefore had never been a part of the three-part framework that had to exist with respect to successive employers. On reading the specific facts of *Bibeault*, we see that the question of the legal relationship between employers was really the point on which that case turned, since a finding that there was no consensual transfer of an undertaking necessarily, according to Beetz J., made s. 45 inapplicable and disposed of the issue between the parties. In fact, in his summary of the position taken by the judges of the Labour Court, Beetz J. stated, at p. 1067:

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? [Emphasis added.]

45

However, in *Bibeault*, the Court also had to decide what definition of an undertaking should be adopted for the purposes of s. 45, first, because the Labour Court was even more divided on that issue than on the legal relationship question, and, second, because according to Beetz J., it was partly the adoption of a functional definition of an undertaking that allowed the judges of the majority to exclude any necessity for a legal relationship between successive employers (p. 1110). The question of how to define an undertaking was therefore central to *Bibeault*, not because the Court thought that the janitorial undertaking in question could never have been the subject of a transfer that would result in s. 45 applying in other circumstances, but rather because that definition related

découle naturellement de cette exigence est que l'art. 45 ne peut produire d'effets que s'il existe un transfert volontaire de droits entre l'employeur précédent et le nouvel employeur (p. 1110-1120). Dans l'affaire *Bibeault*, aucun transfert n'était intervenu entre les divers sous-traitants et la CSRO ne pouvait elle-même effectuer le transfert au sens de l'art. 45, puisqu'elle n'avait jamais été visée par une accréditation et n'avait donc jamais fait partie du cadre tripartite qu'il fallait retrouver chez les employeurs successifs. On constate, à la lecture des faits particuliers de l'arrêt *Bibeault*, que la question du lien de droit entre employeurs constituait véritablement la question déterminante dans cette affaire, puisque le constat de l'absence de transfert consensuel d'une entreprise devait nécessairement, selon le juge Beetz, rendre l'art. 45 inapplicable et régler le litige opposant les parties. D'ailleurs, le juge Beetz s'exprime ainsi à ce sujet, lorsqu'il résume la position des juges du Tribunal du travail, à la p. 1067 :

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? [Je souligne.]

Cependant, il fallait aussi, dans l'affaire *Bibeault*, se prononcer sur la conception de l'entreprise à adopter aux fins de l'application de l'art. 45, d'une part parce que le tribunal était encore plus divisé sur cette question qu'à propos du lien de droit, et d'autre part parce que c'est en partie, selon le juge Beetz, l'adoption d'une définition fonctionnelle de l'entreprise qui a permis aux juges majoritaires du tribunal d'écarter la nécessité d'un lien de droit entre employeurs successifs (p. 1110). La question de la définition d'une entreprise s'est donc trouvée au cœur de l'affaire *Bibeault*, non pas parce que la Cour jugeait que l'entreprise d'entretien ménager en cause n'aurait jamais pu faire l'objet d'un transfert entraînant l'application de l'art. 45 dans d'autres circonstances, mais plutôt à cause de son lien avec la

to the central issue to be determined: the need for a consensual transfer between successive employers.

Beetz J. unequivocally rejected the functional approach preferred by several of the Labour Court judges (p. 1104). He opted instead for the organic definition of an undertaking that had been adopted by some of the dissenting judges. Thus, he unreservedly adopted the definition stated by one of them, Judge Lesage, later Chief Judge of the Labour Court, in a decision he rendered some time after *Bibeault*. Beetz J. said, at pp. 1105-6:

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".

[E]ach 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

question centrale à déterminer, celle de la nécessité d'un transfert consensuel entre employeurs successifs.

Le juge Beetz rejette de façon non équivoque l'approche fonctionnelle privilégiée par plusieurs juges du Tribunal du travail (p. 1104). Il choisit plutôt la définition organique de l'entreprise adoptée par certains des juges dissidents. C'est ainsi qu'il adopte sans réserve la définition énoncée par l'un d'entre eux, le juge Lesage, par la suite devenu juge en chef du Tribunal du travail, dans un arrêt qu'il avait rendu quelque temps après l'affaire *Bibeault*. Aux pages 1105-1106, le juge Beetz indique :

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».

[C]haque 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

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.

47

Hence, it is in a very specific context, in terms both of the fact situation and of the case law which existed, that this Court held, in *Bibeault*, that s. 45 cannot apply where work has been contracted to a series of subcontractors by the same party, in respect of which no certification has ever been granted. The conclusions stated by Beetz J. regarding the definition of an undertaking and the legal relationship that must exist between the former employer and the new employer must be understood in that context, and this makes it easier to understand the influence of the decision in *Bibeault* on the case at bar.

### C. *The Present Situation and the Impugned Decisions*

48

*Bibeault* put an end to the debate that had divided the Labour Court. In the judgment here appealed from, LeBel J.A. conducted a thorough examination of the cases decided by the Labour Court after *Bibeault*. He explained that the Labour Court has developed an interpretive policy to be used for deciding difficult cases involving the transfer of operation of part of an undertaking, especially in service sectors like janitorial work (at

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 de droit, en réduisant voire annulant sa nécessité pratique pour qu'il y ait continuité d'entreprise.

En somme, c'est dans un contexte factuel et jurisprudentiel bien précis que notre Cour a décidé, dans l'affaire *Bibeault*, que l'art. 45 ne peut trouver application dans le cas d'une succession de sous-traitants engagés par un même donneur d'ouvrage qui n'a lui-même jamais été visé par une accréditation. Les conclusions du juge Beetz quant à la définition d'une entreprise et quant au lien de droit requis entre l'employeur précédent et le nouvel employeur doivent être comprises dans ce contexte, qui nous permet de mieux saisir l'incidence de l'arrêt *Bibeault* sur la présente affaire.

### C. *La situation actuelle et les décisions attaquées*

L'arrêt *Bibeault* a mis fin aux controverses qui divisaient le Tribunal du travail. Dans la présente affaire, le juge LeBel examine de façon approfondie la jurisprudence produite par le tribunal à la suite de l'arrêt *Bibeault*. Il explique que le tribunal a développé une politique d'interprétation lui permettant de disposer des affaires délicates de concession partielle, surtout dans les domaines des activités de services, comme l'entretien ménager

pp. 58-62), and also to be used to resolve cases in which work had been contracted to a series of different subcontractors by the same party, in respect of which there had originally been a certification granted (pp. 68-73). LeBel J.A. summarized the present situation as follows (at p. 58):

[TRANSLATION] Since the decision of the Supreme Court of Canada in *Bibeault*, the Labour Court has succeeded in defining a consistent interpretation of sections 45 and 46 *L.C.*, particularly in terms of how they apply in the janitorial services sector, except in the case of one of its members, Judge Brière. . . .

After *Bibeault* was decided by this Court, the Labour Court sought to apply the organic definition of an undertaking to cases where operation of part of an undertaking had been transferred, for which express provision is made in s. 45 of the *Labour Code*. As LeBel J.A. explained, the Labour Court developed a practically unanimous approach in this regard, which requires, most importantly, that the definition of an undertaking be adapted to various kinds of workplaces and types of undertaking. This means that the essential elements from which it may be determined that an undertaking or part of an undertaking has been transferred will vary depending on the undertaking in question. In all cases, sufficient elements must be present in the new employer's business so that the transferor's undertaking, or part of that undertaking, may be identified as being present in the new employer's business, under the organic definition of an undertaking.

Taking as a starting point the comments made by Judge Lesage in *Mode Amazone*, *supra*, which were cited with approval by Beetz J. (*Bibeault*, at pp. 1105-6), suggesting that an organic definition of an undertaking did not preclude the application of s. 45 to transfers by subcontract, the court developed tests that may be used to determine in what circumstances subcontracting will result in transfer of the certification under s. 45.

In a series of decisions concerning transfer of the operation of all or part of an undertaking engaged in service activities, the court held that one of the elements of an undertaking that must be

(p. 58-62), et lui permettant également de solutionner les affaires impliquant une succession de sous-traitants différents, faisant affaire avec un donneur d'ouvrage commun qui était initialement visé par une accréditation (p. 68-73). Le juge LeBel résume ainsi la situation actuelle (à la p. 58) :

Depuis l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans *Bibeault*, le Tribunal du travail a réussi à définir une interprétation constante des articles 45 et 46 C.tr. et, particulièrement, pour leur mise en application dans le secteur de l'entretien ménager, à l'exception de l'un de ses membres, le juge Brière. . . .

En effet, à la suite de la décision de notre Cour dans l'arrêt *Bibeault*, le Tribunal du travail a cherché à appliquer la conception organique de l'entreprise aux cas de concession partielle, explicitement prévus à l'art. 45 du *Code du travail*. Comme l'explique le juge LeBel, le Tribunal du travail a développé, à ce sujet, une approche qui fait pratiquement l'unanimité. Cette approche exige tout d'abord d'adapter la définition de l'entreprise aux divers milieux de travail et types d'entreprises. Les éléments essentiels qui permettent de conclure au transfert d'une entreprise ou d'une partie d'entreprise vont en effet varier selon l'entreprise visée. Dans tous les cas, il faut retrouver chez le nouvel employeur des éléments suffisants qui, en vertu de la définition organique d'une entreprise, permettront d'identifier chez le concessionnaire l'entreprise ou la partie d'entreprise du cédant.

Prenant comme point de départ les remarques formulées par le juge Lesage dans l'affaire *Mode Amazone*, précitée, citées et approuvées par le juge Beetz (*Bibeault*, p. 1105-1106), selon lesquelles une conception organique de l'entreprise n'excluait pas l'application de l'art. 45 aux concessions en sous-traitance, le tribunal a élaboré des critères permettant de déterminer dans quelles circonstances la sous-traitance entraînera le transfert de l'accréditation en vertu de l'art. 45.

Dans une série de décisions portant sur des concessions d'entreprises ou de parties d'entreprises vouées à des activités de services, le tribunal a déterminé que l'un des éléments de l'entreprise

49

50

51

present in the transferee's business, in order to conclude that s. 45 applies, in addition to similarity of functions, which is still relevant, is the right to operate, that is, the right to perform specific duties at a specific location for a specific purpose (*Vitriers-travailleurs du verre, section locale 1135 de la Fraternité internationale des peintres et métiers connexes v. Vetroform inc.*, [1990] T.T. 514; *Syndicat des travailleurs de l'énergie et de la chimie, section locale 115 v. Fornet inc.*, [1991] T.T. 413; *Syndicat des employés du Cégep du Vieux-Montréal v. Clair et Net ltée*, [1992] T.T. 85; *Syndicat des employés du Cégep du Vieux-Montréal v. Service d'entretien d'immeubles Staff 2000 inc.*, D.T.E. 93T-665 (L.C.); *Gatineau (Ville de) v. Syndicat des cols bleus de Gatineau*, [1992] T.T. 599; *Syndicat des employés des commissions scolaires de la régionale Chauveau v. Groupe Admari inc.*, [1991] T.T. 351; *Université McGill v. Union des employées et employés de service, section locale 800*, D.T.E. 95T-296 (L.C.); *Entreprises Chando-net enr. v. Union des employées et employés de service, section locale 800*, [1992] T.T. 620).

qu'il faut retrouver chez le concessionnaire pour conclure à l'application de l'art. 45, en plus de la similitude des fonctions qui demeure pertinente, est le droit d'exploitation, soit le droit d'effectuer des tâches précises à un endroit précis dans un but spécifique (*Vitriers-travailleurs du verre, section locale 1135 de la Fraternité internationale des peintres et métiers connexes c. Vetroform inc.*, [1990] T.T. 514; *Syndicat des travailleurs de l'énergie et de la chimie, section locale 115 c. Fornet inc.*, [1991] T.T. 413; *Syndicat des employés du Cégep du Vieux-Montréal c. Clair et Net ltée*, [1992] T.T. 85; *Syndicat des employés du Cégep du Vieux-Montréal c. Service d'entretien d'immeubles Staff 2000 inc.*, D.T.E. 93T-665 (T.T.); *Gatineau (Ville de) c. Syndicat des cols bleus de Gatineau*, [1992] T.T. 599; *Syndicat des employés des commissions scolaires de la régionale Chauveau c. Groupe Admari inc.*, [1991] T.T. 351; *Université McGill c. Union des employées et employés de service, section locale 800*, D.T.E. 95T-296 (T.T.); *Entreprises Chando-net enr. c. Union des employées et employés de service, section locale 800*, [1992] T.T. 620).

52

As part of its examination of the concept of transfer of the operation of part of an undertaking, the Labour Court also developed a definition of the concept of part of an undertaking, as discussed by LeBel J.A. (pp. 60-62). The Labour Court held that a component of an undertaking that was capable of sufficient autonomy so that it could carry on its intended activities outside the main undertaking, even though it did so in association with it, was a part of the undertaking the transfer of the operation of which could result in the application of s. 45. Although it need not necessarily be viable in a completely independent manner, the part of the undertaking operated by another must itself comprise an organized economic entity with a certain management authority that is independent of the directives of the main undertaking. It is not necessary that the transfer of operation relate to a so-called essential part of the undertaking; it need only concern a component that is one of the elements which make it possible for the main undertaking to achieve its objectives. The activities of the part of the undertaking operated by another

Dans le cadre de son étude du concept de la concession partielle d'entreprise, le Tribunal du travail a aussi élaboré une définition du concept de partie d'entreprise, comme l'indique le juge LeBel (p. 60-62). Le tribunal a jugé qu'une composante de l'entreprise qui possède une capacité d'autonomie lui permettant de conduire les activités auxquelles elle est destinée hors de l'entreprise principale, bien qu'en association avec celle-ci, constitue une partie d'entreprise dont la concession est susceptible d'entraîner l'application de l'art. 45. Bien qu'elle ne doive pas nécessairement être viable de façon complètement indépendante, la partie d'entreprise concédée doit elle-même constituer une entité économique structurée et détenant un certain pouvoir de gestion indépendant des directives de l'entreprise principale. Il n'est pas nécessaire que la concession porte sur une partie dite essentielle de l'entreprise, mais seulement qu'elle concerne une composante faisant partie des éléments permettant à l'entreprise principale de réaliser ses objectifs. Les activités de l'entreprise concédée doivent de plus faire partie des activités habi-



must also be part of the usual, as opposed to exceptional, activities of the transferor undertaking.

With respect to the consensus reached by the Labour Court regarding subcontracting and the definition of an undertaking or part of an undertaking, LeBel J.A. said (at p. 61):

[TRANSLATION] For more than 30 years the Labour Court and, before it, the Quebec Labour Relations Board, have recognized that an employer's janitorial services comprise an element of the undertaking that can be operated by another within the meaning of section 45 L.C. Furthermore, Judge Lesage of the Labour Court pointed out that the contrary interpretation would limit the collective rights of the employees hired to perform the peripheral activities of an undertaking. Their certifications and their rights under collective agreements would not be as solidly protected as those of employees hired to perform activities described as central (*Luc Construction inc. v. Syndicat des employés de Ville de Brossard*, [1992] T.T. 589, 596; *Ville de Gatineau v. Syndicat des cols bleus de Gatineau*, [1992] T.T. 599, 607).

He went on to say (at p. 62):

[TRANSLATION] This interpretation of section 45 L.C. regarding the definition of an undertaking in the analysis of the idea of operation by another of part of the undertaking now amounts to a genuine interpretation by the Labour Court. Only one judge, Judge Brière, differs; however, he concedes that his colleagues' position does not involve patently unreasonable error. . . .

Lastly, regarding the position of Judge Brière, LeBel J.A. explained (at p. 62):

[TRANSLATION] That position is rejected by the Labour Court as a whole and cannot be regarded as a tendency that divides the Court as it was during the period preceding *Bibeault*.

On the question of the need for a legal relationship between successive employers, LeBel J.A. said, at pp. 67-73, that the Labour Court had followed *Bibeault*, but had soon found that not every situation could be resolved by applying the principles laid down in that case. It was often the case that an employer to which a certification applied would subcontract the operation of part of its

tuelles, plutôt qu'exceptionnelles, de l'entreprise cédante.

À propos du consensus auquel est arrivé le Tribunal du travail au sujet de la sous-traitance et de la définition d'une entreprise ou d'une partie d'entreprise, le juge LeBel indique à la p. 61 :

Depuis plus de 30 ans, le Tribunal du travail et, avant lui, la Commission des relations de travail du Québec ont reconnu que les services d'entretien des immeubles d'un employeur constituent un élément de l'entreprise susceptible de concession au sens de l'article 45 C.tr. De plus, le juge Lesage, du Tribunal du travail, a rappelé que l'interprétation contraire restreindrait les droits collectifs des salariés affectés aux activités périphériques d'une entreprise. Leurs accréditations et leurs droits en vertu des conventions collectives ne jouiraient pas d'une protection aussi ferme que ceux des employés préposés à des activités qualifiées de centrales (*Luc Construction inc. c. Syndicat des employés de Ville de Brossard*, [1992] T.T. 589, 596; *Ville de Gatineau c. Syndicat des cols bleus de Gatineau*, [1992] T.T. 599, 607).

Et plus loin (à la p. 62) :

Cette interprétation de l'article 45 C.tr. du concept d'entreprise dans l'analyse d'une opération de la notion de concession partielle d'entreprise correspond maintenant à une véritable interprétation du Tribunal du travail. Seul s'en démarque l'un de ses juges, le juge Brière, qui reconnaît toutefois que la position de ses collègues ne comporterait pas d'erreur manifestement déraisonnable. . . .

Finalement, à propos de la position du juge Brière, le juge LeBel précise (à la p. 62) :

Cette position est rejetée par l'ensemble du Tribunal du travail et ne saurait être considérée comme un courant divisant cet organisme, comme dans la période qui a précédé l'arrêt *Bibeault*.

Quant à la nécessité d'un lien de droit entre employeurs successifs, le juge LeBel indique, aux pp. 67-73, que le Tribunal du travail s'est conformé à l'arrêt *Bibeault*, mais qu'il a rapidement constaté que les principes élaborés dans cette affaire ne permettaient pas de résoudre toutes les situations. En effet, il était fréquent qu'un employeur visé par une accréditation concède en sous-traitance, sur

undertaking on a temporary basis. When the transfer expired, the employer could take back the operation of the part of the undertaking in question, or transfer it afresh to another subcontractor, as more often happened. The Labour Court had to determine whether this practice could terminate the certification when the first transfer expired, or when the second transfer to another employer took place. It was in this context that the Labour Court developed the theory of retrocession. In *Coopérants (Les), Société mutuelle d'assurance-vie v. Syndicat des employés de coopératives d'assurance-vie*, D.T.E. 87T-300 (L.C.), Judge Lesage stated that when the operation of part of an undertaking was transferred, the transferor employer was potentially still in charge of the undertaking and was bound by a temporarily unusable certification. When the transfer terminated, the previous situation was restored and the transferor once again became bound by the original certification, which it could transmit again if it chose to make a new transfer of operation (see *Collège d'enseignement général et professionnel de Limoilou v. Syndicat du personnel de soutien du Collège de Limoilou*, L.C., No. 200-28-000041-90, October 11, 1990). It was also held in the leading case of *Syndicat des travailleurs du Holiday Inn Ste-Foy v. Prime Hospitality inc.*, [1991] T.T. 40, signed by Chief Judge Morin, that the certification must be transferred to all of the successive subcontractors where the original employer was covered by that certification and transferred the operation afresh when each subcontract expired. That principle was subsequently applied consistently by the Labour Court, *inter alia* in *Conciergerie C.D.J. (Québec) inc. v. Fraternité canadienne des cheminots, employés des transports et autres ouvriers, section locale 277*, D.T.E. 92T-1043, and *Syndicat des employés de la Ville de Brossard v. Services d'entretien Fany inc.*, [1995] T.T. 423.

une base temporaire, une partie de son entreprise. À l'expiration de la concession, l'employeur pouvait reprendre l'opération de la partie d'entreprise en question ou la concéder de nouveau à un autre sous-traitant, comme c'était plus souvent le cas. Le Tribunal du travail devait décider si une telle pratique pouvait mettre fin à l'accréditation, à l'expiration de la première concession, ou encore lors d'une seconde concession à un autre employeur. C'est dans ce contexte que le tribunal a élaboré la théorie de la rétrocession. Dans l'affaire *Coopérants (Les), Société mutuelle d'assurance-vie c. Syndicat des employés de coopératives d'assurance-vie*, D.T.E. 87T-300 (T.T.), le juge Lesage a indiqué que dans une concession partielle, l'employeur cédant demeure potentiellement en charge de l'entreprise, lié par une accréditation provisoirement inutilisable. À la fin de la concession, la situation antérieure est rétablie et le cédant redevient lié par l'accréditation d'origine, qu'il peut transmettre à nouveau s'il opte pour une nouvelle concession (voir *Collège d'enseignement général et professionnel de Limoilou c. Syndicat du personnel de soutien du Collège de Limoilou*, T.T., n° 200-28-000041-90, 11 octobre 1990). De même, il a été décidé dans l'arrêt de principe *Syndicat des travailleurs du Holiday Inn Ste-Foy c. Prime Hospitality inc.*, [1991] T.T. 40, signé par le juge en chef Morin, que l'accréditation devait être transférée à tous les sous-traitants successifs dans les cas où l'employeur original était visé par celle-ci et effectuait des nouvelles concessions à l'expiration de chaque contrat de sous-traitance. Ce principe a par la suite été appliqué de façon constante par le tribunal, entre autres dans les arrêts *Conciergerie C.D.J. (Québec) inc. c. Fraternité canadienne des cheminots, employés des transports et autres ouvriers, section locale 277*, D.T.E. 92T-1043, et *Syndicat des employés de la Ville de Brossard c. Services d'entretien Fany inc.*, [1995] T.T. 423.

55 Once again, Judge Brière took a different position from his colleagues', holding that retrocession could apply only if the transferee executed a true instrument of transfer to the original transferor when the transfer of operation expired. However,

Encore une fois, le juge Brière se démarque de ses collègues, jugeant que la rétrocession ne pourrait s'appliquer que si le concessionnaire, à l'expiration de sa concession, exécutait un véritable acte de cession en faveur de son cédant original.

with respect to Judge Brière's position as compared to his colleagues', LeBel J.A. said (at p. 72):

[TRANSLATION] That position is still isolated within the Labour Court, which we note takes the position that the transferor employer, being still the potential employer during the period of the transfer, once again becomes the employer within the meaning of the *Labour Code* when the transfer terminates.

Thus, as was the case for transfers of the operation of part of an undertaking in the service sector, we see that there is a consensus in the Labour Court regarding the legal relationship that is needed in order for the certification to be passed on to the successive subcontractors of the employer to which it originally applied.

In fact, the only decision-making authority in Quebec that seems to be genuinely divided at present on the issues that concern us is the Superior Court. As LeBel J.A. explained in the judgment *a quo* (at pp. 62-64), some members of that court regard the consensus reached by the Labour Court as a repudiation of *Bibeault* and are therefore inclined to evoke the decisions of the Labour Court (for example, *Fornet inc. v. Tribunal du travail*, [1992] R.J.Q. 445; *Commission scolaire Laurenval v. Lalonde*, [1997] R.J.Q. 983). On the other hand, some judges of the Superior Court believe that the approach taken by the Labour Court is within its exclusive jurisdiction and that there is nothing about that approach that would justify intervention by the superior courts (see *Rosemère (Ville de) v. St-Arnaud*, D.T.E. 97T-1039; *Entreprises Chando-net enr. v. Morin*, Sup. Ct. Quebec, No. 200-05-002218-928, December 23, 1992).

Hence it is plain that the situation in the Labour Court at present is completely different from the situation in that court immediately before *Bibeault*. Not only has the standard of review changed, but, after the decision in *Bibeault*, the Labour Court has developed interpretive policies regarding the two issues that divided it at the time that are accepted and followed by virtually all of its members. What we find is not ongoing debate and paralysis, but the effective functioning of the administrative

Cependant, le juge LeBel indique, à propos de la position du juge Brière par rapport à celle de ses collègues (à la p. 72) :

Cette position reste isolée au sein du Tribunal du travail. Dans celui-ci, on le constate, l'employeur cédant, demeuré employeur potentiel durant la concession, redevient, à la fin de la concession, l'employeur au sens du *Code du travail*.

Ainsi, comme c'était le cas à propos des concessions partielles d'entreprise dans le domaine des activités de services, on constate la présence d'un consensus au sein du Tribunal du travail quant au lien de droit nécessaire pour faire passer l'accréditation aux sous-traitants successifs d'un donneur d'ouvrage initialement lié par celle-ci.

En fait, la seule instance québécoise qui semble réellement divisée actuellement au sujet des questions qui nous occupent est la Cour supérieure. Comme l'explique le juge LeBel aux p. 62-64 de la décision dont appel, certains des membres de celle-ci jugent que le consensus auquel le Tribunal du travail est arrivé constitue une répudiation de l'arrêt *Bibeault*, et sont donc enclins à évoquer les décisions du tribunal (par exemple *Fornet inc. c. Tribunal du travail*, [1992] R.J.Q. 445; *Commission scolaire Laurenval c. Lalonde*, [1997] R.J.Q. 983). Par contre, d'autres juges de la Cour supérieure estiment que l'approche du tribunal se situe dans les limites de sa compétence propre et ne comporte pas d'élément pouvant justifier l'intervention des tribunaux supérieurs (voir *Rosemère (Ville de) c. St-Arnaud*, D.T.E. 97T-1039; *Entreprises Chando-net enr. c. Morin*, C.S. Québec, n° 200-05-002218-928, 23 décembre 1992).

En somme, on constate que la situation qui règne actuellement au Tribunal du travail est complètement différente de ce qu'elle était à la veille de l'arrêt *Bibeault*. Non seulement la norme de contrôle a-t-elle changé, mais le Tribunal du travail a réussi, depuis l'affaire *Bibeault*, à développer sur les deux questions qui le divisaient à l'époque des politiques d'interprétation qui sont acceptées et suivies par la presque totalité de ses membres. La situation n'en est pas une de controverse et de

56

57

58

bodies responsible for applying s. 45 of the *Labour Code*.

59 This Court has stressed the importance of the consensus positions adopted by administrative tribunals. Consensus allows for a degree of consistency and predictability in the law that fosters the equitable resolution of administrative disputes. In *Domtar Inc. v. Quebec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 S.C.R. 756, L'Heureux-Dubé J., for the Court, stated, at p. 784:

While the analysis of the standard of review applicable in the case at bar has made clear the significance of the decision-making autonomy of an administrative tribunal, the requirement of consistency is also an important objective. As our legal system abhors whatever is arbitrary, it must be based on a degree of consistency, equality and predictability in the application of the law.

Also, in *Tremblay v. Quebec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 S.C.R. 952, Gonthier J. wrote on behalf of the Court, at p. 968:

[T]he objective of consistency responds to litigants' need for stability but also to the dictates of justice. As the Commission's decisions are not subject to appeal, it is the Commission itself which has the duty of preventing inconsistent decision-making.

60 Accordingly, while lack of unanimity is not a sufficient basis for the courts to intervene despite the high standard of patent unreasonableness, it seems clear that, in applying that standard of review, the existence of a settled consensus in a specialized administrative tribunal acting within its jurisdiction should be a factor in favour of a very high degree of deference on the part of the superior courts. In a situation like this, judicial deference makes it possible both to respect the decision-making autonomy of administrative tribunals and to ensure consistency and predictability of the law. This ideal balance should only be disturbed by the superior courts where there are clearly absurd or irrational results.

paralyse, mais bien de bon fonctionnement des organismes administratifs chargés de l'application de l'art. 45 du *Code du travail*.

Notre Cour a déjà souligné la valeur des consensus existant au sein des tribunaux administratifs. Ceux-ci permettent en effet d'atteindre un degré de cohérence et de prévisibilité du droit qui favorise la résolution équitable des litiges administratifs. Dans l'affaire *Domtar inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 R.C.S. 756, le juge L'Heureux-Dubé, écrivant au nom de la Cour, indique, à la p. 784 :

Si l'analyse de la norme de contrôle applicable en l'espèce a permis de mettre en lumière la valeur que représente l'autonomie décisionnelle d'un tribunal administratif, l'impératif de cohérence constitue, également, une finalité importante. Notre système juridique se voulant aux antipodes de l'arbitraire, il se doit de reposer sur une certaine cohérence, égalité et prévisibilité dans l'application de la loi.

De même, dans l'affaire *Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 R.C.S. 952, le juge Gonthier écrit, au nom de la Cour, à la p. 968 :

[C]et objectif de cohérence répond à un besoin de sécurité des justiciables, mais également à un impératif de justice. Les décisions de la Commission étant sans appel, c'est à la Commission elle-même qu'il revient de prévenir les incohérences décisionnelles.

Donc, si l'absence d'unanimité ne constitue pas un motif suffisant pour permettre aux cours de justice d'intervenir malgré la norme exigeante du manifestement déraisonnable, il semble clair que dans le cadre de l'application de cette même norme de contrôle, la présence d'un consensus bien établi au sein d'un tribunal administratif spécialisé agissant dans les limites de sa compétence devrait militer en faveur d'un très haut degré de retenue de la part des tribunaux supérieurs. Dans une situation comme la présente, la retenue judiciaire permet d'assurer le respect de l'autonomie décisionnelle des tribunaux administratifs tout en favorisant le principe de la cohérence et de la prévisibilité du droit. Cet équilibre idéal ne devrait être ébranlé par les tribunaux supérieurs qu'en cas de résultats clairement absurdes ou irrationnels.

(a) Application of Section 45 in the Case at Bar

An analysis of the applicable principles and of the findings in *Bibeault* regarding the definition of an undertaking and the requirement that there be a legal relationship between the former employer and the new employer leads to the conclusion that the decisions of commissioner Bibeault and Judge Prud'homme transferring the certification were neither patently unreasonable nor in conflict with the decisions of this Court.

(i) *Definition of an Undertaking*

As I noted earlier, the main issue in *Bibeault* involved the legal relationship rather than the definition of an undertaking, although the Court also thought it necessary to dispose of the latter point. It is important to note at the outset that if Beetz J. had thought that it was impossible for s. 45 to apply to a janitorial services subcontract situation, it would have been pointless to analyse what was the crux of the matter in *Bibeault*: the legal relationship. As Judge Lesage, then Associate Chief Judge, pointed out in *Luc Construction inc. v. Syndicat des employés de Ville de Brossard*, [1992] T.T. 589, at p. 596:

[TRANSLATION] I do not hesitate to say that at every stage in the seven years of the proceedings in this case relating to the C.S.R.O., all of the lawyers and judges consistently took it for granted that if the school board had performed its own janitorial services and there had been a certification granted in respect of it in that regard, section 45 would have applied to all of its successive subcontractors starting from when it ceased to perform the work itself.

In the judgment *a quo*, LeBel J.A. expressed that idea as follows (at p. 54):

[TRANSLATION] Although the Supreme Court found in *Bibeault* that the element of continuity of the undertaking had not been established because of the absence of a voluntary transfer, it did not decide that section 45 L.C. could not apply to activities like janitorial services. Nor did it rule out the possibility of a transfer of operation of part of an undertaking. On the contrary, in discussing the problem of continuity, it seems to have taken for granted that the operation of part of an undertaking may

(a) Application de l'art. 45 en l'espèce

Une analyse des principes applicables et des conclusions de l'arrêt *Bibeault* quant à la définition de l'entreprise et quant à l'exigence d'un lien de droit entre l'employeur précédent et le nouvel employeur nous permet de conclure que les décisions du commissaire Bibeault et du juge Prud'homme prononçant le transfert de l'accréditation ne sont ni manifestement déraisonnables, ni contraires à la jurisprudence de notre Cour.

(i) *Définition de l'entreprise*

J'ai déjà souligné que la principale question en litige dans l'affaire *Bibeault* portait sur le lien de droit plutôt que sur la définition de l'entreprise, bien que la Cour ait aussi estimé nécessaire de se prononcer sur ce dernier point. Il importe de préciser immédiatement que si le juge Beetz avait considéré que l'application de l'art. 45 à une situation de sous-traitance en entretien ménager était impossible, il aurait été inutile d'effectuer l'analyse de la question qui s'est avérée essentielle dans l'affaire *Bibeault*, celle du lien de droit. Comme l'indique le juge Lesage, alors juge en chef adjoint, dans l'affaire *Luc Construction inc. c. Syndicat des employés de Ville de Brossard*, [1992] T.T. 589, p. 596 :

Je ne crains pas d'affirmer que, à aucun stade des débats d'une durée de sept ans dans cette affaire de la C.S.R.O., tous les plaideurs et tous les juges ont constamment pris pour acquis que, si la commission scolaire avait elle-même effectué son entretien ménager et avait été visée par une accréditation à cet égard, l'article 45 aurait joué à l'endroit de ses sous-traitants successifs à partir du moment où elle cessait d'assumer le travail en régie.

Le juge LeBel, à la p. 54 de la décision dont appel, exprime cette idée de la façon suivante :

Si la Cour suprême a conclu que, dans l'arrêt *Bibeault*, l'élément de continuité d'entreprise n'était pas établi, en raison de l'absence d'un acte de volonté, elle n'a pas décidé que des activités telles que l'entretien ménager ne pouvaient être assujetties à l'application de l'article 45 C.tr. Elle n'a pas non plus écarté la possibilité d'une concession partielle. Au contraire, discutant du problème de continuité, elle semble tenir pour acquise la possibilité d'une concession partielle d'entre-

61

62

be transferred, including in this sector. If it had thought that the transfer of operation of part of an undertaking, especially a janitorial services undertaking, were excluded from the application of section 45 L.C., that conclusion would have meant that it did not even have to consider the problem of continuity.

63

Indeed, a reading of *Bibeault* shows that when the issue was examined from the standpoint of the transfer of an undertaking between subcontractors, the only possible transfer in that case, since no certification had originally been granted in respect of the CSRO, this Court expressly recognized that the application of s. 45 to the transfer of part of a janitorial services undertaking was possible. Beetz J. stated, at p. 1121:

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. [Emphasis added.]

Beetz J. clearly explained that the fact that no certification had ever been granted in respect of the CSRO was, in his view, the main obstacle to the application of s. 45. He stated at pp. 1117-19:

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.

. . .

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;

. . .

The mere right to engage in an activity is not a basis for concluding that an undertaking exists, while that right

prise, y compris dans ce domaine. Si elle avait estimé que la concession partielle d’entreprise, particulièrement dans le domaine d’entretien ménager, était exclue de l’application de l’article 45 C.tr., une telle conclusion lui aurait évité même d’avoir à examiner le problème de la continuité.

En effet, on constate à la lecture de l’arrêt *Bibeault* qu’en examinant la question sous l’angle d’un transfert d’entreprise entre sous-traitants, seul transfert possible dans cette affaire étant donné que la CSRO n’était pas originellement visée par une accréditation, notre Cour prévoit expressément la possibilité de l’application de l’art. 45 à une concession partielle dans le domaine de l’entretien ménager. À la page 1121, le juge Beetz indique :

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. [Je souligne.]

Le juge Beetz explique clairement que le fait que la CSRO n’ait jamais été visée par une accréditation est, à son avis, l’obstacle principal à l’application de l’art. 45. Aux pages 1117-1119, il écrit :

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.

. . .

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;

. . .

La simple faculté d’amorcer une activité, tant qu’elle ne se concrétise pas par l’affectation de salariés ou qu’elle

has neither taken concrete form through the allocation of personnel nor been formally recognized in the certificate of certification.

n'est pas au moins consacrée au certificat d'accréditation, ne permet pas de conclure à la présence d'une entreprise.

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. [Emphasis added.]

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. [Je souligne.]

In addition, the reasons of Beetz J. contain numerous passages indicating more generally that this Court did not intend, in that decision, to exclude subcontracting from the application of s. 45. For example, at pp. 1059-60, Beetz J. reproduced a passage from *Adam v. Daniel Roy Ltée*, [1983] 1 S.C.R. 683, at pp. 688-89, in which Chouinard J., for the Court, outlined the history of s. 45. On the question of the reasons that prompted the enactment of the precursor to s. 45, s. 10a of the *Labour Relations Act*, Chouinard J. stated:

Par ailleurs, la décision du juge Beetz contient de nombreux passages qui indiquent de façon plus générale que notre Cour n'entendait pas, par cette décision, exclure la sous-traitance de l'application de l'art. 45. C'est ainsi qu'aux p. 1059-1060, le juge Beetz reproduit un extrait de l'arrêt *Adam c. Daniel Roy Ltée*, [1983] 1 R.C.S. 683. Il s'agit d'un passage dans lequel le juge Chouinard, écrivant aux p. 688-689 au nom de la Cour, retrace l'historique de l'art. 45. À propos des motifs ayant entraîné l'adoption de l'ancêtre de l'art. 45, l'art. 10a de la *Loi des relations ouvrières*, le juge Chouinard indiquait :

64

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:

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:

[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.

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.

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. [Emphasis added.]

Furthermore, when he adopted the definition of an undertaking developed by Judge Lesage in *Mode Amazone*, *supra*, Beetz J. also cited with approval, at p. 1105, the statement that [TRANSLATION] “[m]ost often, particularly where there is no operation of the undertaking by a subcontractor, the undertaking may be said to be constituted . . . because a sufficient number of those components that permit the specific activities to be conducted or carried out are present” (emphasis added). It is therefore clear that the decisions of this Court do not rule out applying s. 45 to cases of subcontracting in general, any more than to cases of subcontracting of janitorial services, since the Court indicated, on the contrary, that s. 45 may apply in the appropriate circumstances.

65

Whether all or part of the operation is transferred, the definition of an undertaking for the purposes of s. 45 cannot be restricted to a list of functions, but rather must be consistent with the organic approach adopted by Beetz J. in *Bibeault*, *supra*. On the other hand, it is also not possible to completely ignore similarity of functions in the analysis to determine whether the operation has been transferred. In that regard, Beetz J. wrote, at p. 1101:

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. [Emphasis added.]

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<sup>er</sup> alinéa de l'article 10a. [Je souligne.]

De plus, lorsqu'il adopte la définition de l'entreprise élaborée par le juge Lesage dans l'affaire *Mode Amazone*, précitée, le juge Beetz cite aussi en l'approuvant, à la p. 1105, l'affirmation voulant que « [l]a 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 » (je souligne). Il est donc clair que la jurisprudence de notre Cour n'exclut pas l'application de l'art. 45 à des cas de sous-traitance en général, pas plus qu'à des cas de sous-traitance en entretien ménager, la Cour indiquant au contraire qu'une telle application est possible lorsque les circonstances s'y prêtent.

Qu'il soit question de concession totale ou partielle, la définition d'une entreprise, aux fins de l'art. 45, ne peut se limiter à une liste de fonctions, mais doit plutôt se conformer à l'approche organique adoptée par le juge Beetz dans l'affaire *Bibeault*. Par contre, on ne peut non plus ignorer complètement la similitude des fonctions dans l'analyse visant à déterminer si une concession a eu lieu. À cet égard, le juge Beetz écrit, à la p. 1101 :

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. [Je souligne.]



He went on to say, at p. 1107:

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. [Emphasis added.]

The principle set out in *Bibeault* that the weight to be given to the different factors to be considered, based on the organic definition of an undertaking, varies depending on the specific circumstances in an undertaking or an economic sector, has been adopted and applied in the subsequent decisions of this Court. In *Lester*, *supra*, the Court considered a provision that was, for our purposes, similar to s. 45, and that was in force in Newfoundland: s. 89(1) of the *Labour Relations Act*, 1977, S.N. 1977, c. 64. McLachlin J., as she then was, for the majority, noted that the criteria for identifying an undertaking and concluding that it has been transferred may vary depending on the industry in question; at p. 677, she said:

No single factor is determinative, since factors which are sufficient to support a successorship finding in one type of industry may be insufficient in another. . . .

McLachlin J. reviewed the responses of labour boards to the construction industry, and noted, at p. 678, that application of traditional factors to the

Et plus loin, à la p. 1107 :

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 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. [Je souligne.]

Le principe, énoncé dans l'arrêt *Bibeault*, voulant que les critères à examiner, en vertu de la conception organique de l'entreprise, puissent être pondérés de façon différente selon les circonstances particulières qui prévalent dans une entreprise ou dans un secteur d'activités, a d'ailleurs été repris et appliqué par la jurisprudence subséquente de notre Cour. Dans l'arrêt *Lester*, précité, la Cour examinait une disposition semblable, aux fins de la présente discussion, à l'art. 45 en vigueur à Terre-Neuve, le par. 89(1) du *Labour Relations Act*, 1977, S.N. 1977, ch. 64. Le juge McLachlin, alors juge puînée, écrivant au nom de la majorité, note que les critères permettant d'identifier une entreprise et de conclure à son transfert peuvent varier en fonction de l'industrie concernée et indique, à la p. 677 :

Aucun facteur particulier n'est déterminant puisque certains facteurs qui permettent de conclure à l'application de l'obligation du successeur dans un secteur industriel peuvent être insuffisants dans un autre . . .

Le juge McLachlin étudie la réaction des tribunaux du travail face à l'industrie de la construction et note, à la p. 678, qu'une application des critères

construction industry may “render it easy for a contractor to erode the protection which successorship provisions are meant to provide for bargaining rights”. She then explained, also at p. 678:

In response to this type of tactic, labour boards began to apply different tests when examining successorship in the construction context.

67

In *Lester*, McLachlin J. took the view that even the specific tests applied by boards in the construction industry had not been followed. It was for this reason, and not because it is impossible to apply different tests in a specific industry or to conclude that a transfer has occurred solely on the grounds of a limited number of factors, that McLachlin J. found, at p. 693, that it was patently unreasonable in that case to apply s. 89(1) of the *Labour Relations Act, 1977*. This Court has therefore recognized that administrative tribunals charged with applying provisions like s. 45 of the *Labour Code* enjoy wide discretion in determining and weighing the factors that apply in defining an undertaking, and are at liberty to develop specific tests to respond to the situation in a given industry.

68

This principle was also affirmed quite recently in *Ajax, supra*. In that case, the Town of Ajax had transferred the operation of its transit system to a private company, Charterways Transportation Ltd. The respondent union was certified with Charterways to represent the employees in question. The Town of Ajax, in respect of which no certification had ever been issued for the transit system, unilaterally decided to terminate Charterways’ contract and take over the operation of its transit system itself. Charterways was forced to lay off the employees in question, a significant number of whom were hired by the Town to perform the same duties. McLachlin C.J., for the majority of this Court, affirmed the decision of Goudge J.A., for the Ontario Court of Appeal (*Ajax (Town) v. National Automobile, Aerospace*

traditionnels dans ce domaine aurait pu « aider certains entrepreneurs à miner la protection des droits de négociation visée par les dispositions sur l’obligation du successeur ». Elle précise ensuite, à la même page :

C’est en réponse à ce type de tactique que les commissions du travail ont entrepris d’appliquer des critères différents lorsqu’elles doivent étudier des dispositions sur l’obligation du successeur dans le contexte de la construction.

Dans l’affaire *Lester*, le juge McLachlin estimait que même les critères particuliers appliqués par les commissions dans l’industrie de la construction n’étaient pas respectés. C’est pour ce motif, et non parce qu’il est impossible d’appliquer des critères différents dans une industrie spécifique ou de conclure à un transfert en raison uniquement d’un nombre limité d’éléments, que le juge McLachlin a conclu, à la p. 693, qu’il était manifestement déraisonnable dans cette affaire d’appliquer le par. 89(1) du *Labour Relations Act, 1977*. Notre Cour a donc reconnu que les tribunaux administratifs chargés d’appliquer des dispositions comme l’art. 45 du *Code du travail* possèdent une importante marge de manœuvre pour établir et pondérer les critères applicables à la définition d’une entreprise, et sont libres d’élaborer des critères particuliers pour répondre à la situation qui prévaut dans une industrie donnée.

Ce principe a d’ailleurs été confirmé tout récemment, dans l’arrêt *Ajax*, précité. Dans cette affaire, la ville d’Ajax avait confié à une société privée, Charterways Transportation Ltd., l’exploitation de son système de transport en commun. Le syndicat intimé était accrédité auprès de Charterways pour représenter les employés concernés. La ville d’Ajax, qui n’avait elle-même jamais été visée par une accréditation pour le transport en commun, décide unilatéralement de mettre fin à son contrat et d’assumer elle-même l’exploitation de son système de transport. Charterways doit alors mettre à pied les employés concernés et un nombre important d’entre eux sont engagés par la ville pour exécuter les mêmes fonctions. La majorité de notre Cour, sous la plume du juge en chef McLachlin, a confirmé la décision du juge Goudge, écrivant au

and Agricultural Implement Workers Union of Canada (CAW-Canada), Local 222 (1998), 41 O.R. (3d) 426), holding that the decision of the Ontario Labour Relations Board that the certification had been transferred was not patently unreasonable. The applicable legislation, s. 64 of the *Labour Relations Act*, R.S.O. 1990, c. L.2, as amended by S.O. 1992, c. 21, s. 29, was, once again, similar to s. 45 of the *Labour Code* for our purposes.

The decision of the Court of Appeal contains the following passage, at p. 433:

The Board found that the scope of the business engaged in by Charterways for Ajax consisted primarily of the provision of this skilled work force to the Town and that therefore this work force could be considered the most valuable asset of that business. The importance to the Town of the continuity and stability of this work force is reflected in the terms of the contract between the parties and in the results of the hiring done by the Town when it took back the operation of the transit system.

In essence, the Board found that what was transferred was not just the work formerly done by the Charterways employees nor the employees themselves. There was the added value that came with the continuity, experience and stability of this work force. Hence, there was a reasonable basis for the finding that what was transferred to Ajax was a significant part of the business which Charterways conducted for Ajax. This finding was not patently unreasonable.

Once again, we see that this Court recognizes that the tests that are to be applied in defining the concept of an undertaking, in the context of the transfer of certification, vary with the specific circumstances of each case. The transfer of a limited number of components, such as the employees and their functions, may be sufficient, pursuant to an organic definition of an undertaking, where those components are significant in comparison with the others.

nom de la Cour d'appel de l'Ontario (*Ajax (Town) c. National Automobile, Aerospace and Agricultural Implement Workers Union of Canada (CAW-Canada)*, Local 222 (1998), 41 O.R. (3d) 426), selon laquelle la décision de la Commission des relations de travail de l'Ontario prononçant le transfert de l'accréditation n'était pas manifestement déraisonnable. La disposition législative applicable, l'art. 64 de la *Loi sur les relations de travail*, L.R.O. 1990, ch. L.2, tel que modifié par L.O. 1992, ch. 21, art. 29, était encore une fois semblable, aux fins de la présente discussion, à l'art. 45 du *Code du travail*.

Or, on retrouve dans la décision de la Cour d'appel, à la p. 433, le passage suivant :

[TRADUCTION] Il en est ainsi, car la Commission a déterminé que, vu l'échelle des responsabilités confiées à Charterways et qui consistaient essentiellement à fournir à la municipalité du personnel qualifié, ce personnel qualifié pourrait bien être considéré comme l'actif le plus important de l'entreprise. D'ailleurs, l'importance que la ville accorde à la prestation des services sans discontinuité et à la permanence des effectifs ressort des dispositions du contrat signé par les deux parties et du résultat des embauches effectuées par la municipalité lorsqu'elle a repris les opérations du transport en commun.

En somme, aux yeux de la Commission, ce qui a été transféré n'était pas seulement le travail précédemment effectué par les employés de Charterways ou les employés eux-mêmes. Bien plus, il y avait aussi la valeur ajoutée que représentent la continuité du service, l'expérience et la permanence des effectifs. Elle avait donc des motifs valables de conclure que ce qui a été transféré à la ville constituait pour Charterways une partie importante de son entreprise et cette conclusion n'était pas manifestement déraisonnable.

Encore une fois, on constate que notre Cour reconnaît que les critères applicables pour définir la notion d'entreprise, dans le cadre du transfert de l'accréditation, varient en fonction des circonstances particulières de chaque affaire. Le transfert d'un nombre limité d'éléments, comme les employés et leurs fonctions, peut s'avérer suffisant, selon une conception organique de l'entreprise, lorsque leur importance, par rapport aux autres éléments, est significative.

70

It is therefore clear that neither *Bibeault, supra*, nor the subsequent decisions of this Court establish a rigid test for identifying an undertaking or part of an undertaking for the purpose of applying s. 45 of the *Labour Code* or similar provisions. The only requirement that those decisions impose is that an organic rather than a functional definition of an undertaking be adopted, although in some cases similarity of functions may still be decisive, where the undertaking has no other special characteristics (*Bibeault*, at p. 1107).

Il est donc clair que ni l'arrêt *Bibeault*, précité, ni la jurisprudence subséquente de notre Cour n'établit un critère rigide pour l'identification d'une entreprise ou d'une partie d'entreprise dans le cadre de l'application de l'art. 45 du *Code du travail* ou de dispositions semblables. La seule exigence posée par la jurisprudence est d'adopter une conception posée par la jurisprudence est d'adopter une conception organique plutôt que fonctionnelle de l'entreprise, même s'il demeure possible, dans certains cas, que la similitude des fonctions soit déterminante, en l'absence d'autres caractéristiques propres à l'entreprise (*Bibeault*, p. 1107).

71

With regard to subcontracting of janitorial services, after *Bibeault*, the Labour Court developed tests to be used in order to make consistent determinations as to whether the operation of part of an undertaking has been transferred. The specific criterion of the transfer of a right to operate, combined with the similarity of the functions that form part of the usual activities of the undertaking, may be used to identify the cases in which the certification must be transferred. This criterion does not conflict with the definition of an undertaking adopted in *Bibeault*. On the contrary, Beetz J. specifically anticipated this possibility. At pp. 1115-16, in examining the definition of operation by another in civil law, he said:

En ce qui a trait à la sous-traitance en entretien ménager, le Tribunal du travail a élaboré, à la suite de l'arrêt *Bibeault*, des critères qui lui permettent de déterminer de façon cohérente si une concession partielle d'entreprise a eu lieu. Le critère particulier du transfert d'un droit d'exploitation, jumelé à la similitude de fonctions faisant partie des activités habituelles de l'entreprise, permet d'identifier les cas où l'accréditation doit être transférée. Ce critère ne contredit pas la définition de l'entreprise adoptée dans l'arrêt *Bibeault*. Au contraire, le juge Beetz a expressément prévu cette possibilité. Aux pages 1115-1116, lorsqu'il examine la définition de la concession en droit civil, il indique :

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.

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.

In 1970, in *Centrale de Chauffage, supra*, Associate Chief Judge Quimper gave a definition of the words "operation by another" which has become classic (at p. 239):

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):

[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.

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.

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; [Emphasis added by Beetz J.]

(2) the work transferred must be covered by a collective agreement or certification.

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 whole or in part, by gratuitous or onerous contract. [Emphasis added.]

In my view, these passages make it clear that the analysis done by Beetz J. envisages the possibility that operation by another of an undertaking may be thought of as the transfer of a right to operate. Beetz J. certainly did not rule out this concept; rather, he said that s. 45 could have been applied in *Bibeault* if there had actually been a mutual agreement between the successive employers concerning transfer of a right to operate the undertaking in question.

As Bastarache J. says at para. 143, a janitorial services undertaking may in fact consist of one or more elements, apart from the functions, which could be transferred. In my view, however, the labour commissioner and the Labour Court had the authority, by virtue of the *Labour Code* and the decisions of this Court, to assess the respective importance of the various components of the undertaking and to conclude, in the circumstances with which we are concerned, that the transfer of a right to operate, combined with the transfer of functions, was sufficient to result in s. 45 being applied, under the organic definition of an undertaking.

Pour qu'il y ait concession, il faut donc deux conditions:

1° que le transfert d'opérations à un tiers proviennne de l'intérieur des cadres de l'entreprise; [Soulignement du juge Beetz.]

2° que les travaux transférés soient couverts par une convention collective ou par une accréditation.

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:

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 pré-suppose 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'entreprise, en totalité ou en partie par contrat à titre gratuit ou onéreux". [Je souligne.]

À mon avis, il ressort clairement de ces passages que l'analyse du juge Beetz envisage la possibilité de concevoir la concession d'entreprise comme la cession d'un droit d'exploitation. Loin d'avoir écarté cette conception, le juge Beetz indique plutôt que l'application de l'art. 45 aurait été possible dans l'affaire *Bibeault* si un accord de volonté concernant la transmission d'un droit d'exploitation de l'entreprise concernée était effectivement intervenu entre les employeurs successifs.

Il est vrai, comme l'indique le juge Bastarache au par. 143, qu'une entreprise d'entretien ménager peut comporter un ou plusieurs éléments, outre les fonctions, qui pourraient faire l'objet d'un transfert. Cependant, à mon avis, le commissaire et le Tribunal du travail avaient le pouvoir, en vertu du *Code du travail* et de la jurisprudence de notre Cour, d'évaluer l'importance respective des diverses composantes de l'entreprise et de conclure, dans les circonstances qui nous occupent, que le transfert d'un droit d'exploitation, jumelé au transfert des fonctions, suffisait pour entraîner l'application de l'art. 45 en vertu de la conception organique de l'entreprise.

1. The Centrality of the Part of the Undertaking Operated by Another in Relation to the Purpose of the Main Undertaking

73

At p. 63 of the judgment *a quo*, LeBel J.A. noted that some Superior Court judges have interpreted *Bibeault* to require that the part of the undertaking operated by another be essential to the purposes of the undertaking in order for it to be possible for the certification to be transferred. On this point, LeBel J.A. stated (at p. 60):

[TRANSLATION] Having adopted a flexible concept both of the idea of an undertaking and, most importantly, of the concept of operation by another of part of an undertaking, the Labour Court logically rejected the theory of the purpose of the undertaking, according to which section 45 L.C. does not apply to operation by another of an activity like janitorial services since it is allegedly not an integral or essential part of the transferor's undertaking. Since according to this approach it is not connected with the purpose of the undertaking and is not directly involved in generating profits or in the actual operation of the undertaking, section 45 L.C. would not apply to it.

74

LeBel J.A. was of the view that this requirement was not adopted in *Bibeault* (p. 54). On the contrary, that case presupposes that a transfer of the operation of a part of an undertaking involving janitorial services is possible in the education sector, even though that activity is not directly related to the purpose of the undertaking.

75

I do not believe that this Court has ever stated that the only instance in which a certification will be transferred is where the operation of an essential part of an undertaking is transferred. In *Bibeault, supra*, at p. 1107, Beetz J. did refer to continuity or preservation of "the essential elements" of the undertaking, and it was in that context that he said that the importance of the various elements will vary with the circumstances, so that, for example, the fluidity of the clientele could make this element lose all significance. When Beetz J. referred to the essential elements of the undertaking, clearly he meant the various elements that may be used to characterize an undertaking, such as its activities, employees, equipment or know-how. At that time there was simply no need

1. Le caractère essentiel de la partie d'entreprise concédée par rapport à la finalité de l'entreprise principale

Le juge LeBel, à la p. 63 du jugement dont appel, précise que certains juges de la Cour supérieure ont interprété l'arrêt *Bibeault* comme exigeant que la partie d'entreprise concédée soit essentielle à la finalité de l'entreprise pour que l'accréditation puisse être transférée. À ce sujet, le juge LeBel indique (à la p. 60) :

Ayant adopté une notion souple à la fois du concept d'entreprise et, surtout, de celui de la concession partielle, le Tribunal du travail, logiquement, rejette la théorie de la finalité de l'entreprise. Celle-ci voudrait que l'article 45 C.tr. ne s'applique pas à la concession d'une activité comme l'entretien ménager puisqu'elle ne constituerait pas une partie intégrante ou essentielle de l'entreprise du cédant. Puisqu'elle ne participerait pas à la finalité de l'entreprise et ne serait pas directement affectée à la production de profits et à l'exploitation proprement dite de l'entreprise, l'article 45 C.tr. ne s'y appliquerait pas.

Or, selon le juge LeBel, cette exigence n'est pas énoncée dans l'arrêt *Bibeault* (p. 54). Au contraire, cet arrêt présuppose que la concession partielle en matière d'entretien ménager en milieu scolaire est possible, alors même que cette activité n'est pas directement liée à la finalité de l'entreprise.

Je pense en effet que notre Cour n'a jamais affirmé que seule une partie essentielle d'une entreprise peut faire l'objet d'une concession pouvant entraîner le transfert de l'accréditation. Il est vrai que dans l'arrêt *Bibeault*, p. 1107, le juge Beetz parle de l'existence et du maintien de l'entreprise « dans ses éléments essentiels ». C'est dans ce contexte qu'il indique que l'importance des divers éléments variera selon les circonstances, la volatilité de la clientèle pouvant, par exemple, faire perdre toute pertinence à ce facteur. Lorsque le juge Beetz parle des éléments essentiels de l'entreprise, il est clair qu'il fait allusion aux différents éléments qui permettent de caractériser une entreprise, comme les activités, les employés, le matériel ou le savoir-faire. Il n'était aucunement ques-

to determine whether, where part of the operation was transferred, the portion of the activities transferred had to be essential to the purpose of the undertaking as a whole. The only requirement laid down by *Bibeault* is actually that the elements that characterize the essence of the part of the undertaking in question be transferred. That case does not limit transfer of the operation of part of an undertaking to cases in which the central parts of the undertaking are transferred.

In *Lester, supra*, McLachlin J. said, at p. 676, concerning the requirements that apply with respect to the transfer of part of an undertaking in Canadian law, that “[r]ather, a discernable part of the business must be disposed of” (emphasis added). That case therefore also does not adopt a test of necessity in relation to the purpose of the undertaking as a whole.

In the case at bar, Judge Prud’homme concluded, at pp. 500-501, that janitorial services are an essential part of the undertaking in that, while they are not the most important part, they contribute with the other activities to the purpose of the undertaking and are permanently, rather than exceptionally, associated with the undertaking. That approach in no way conflicts with *Bibeault, supra*, nor is it inconsistent with the subsequent decisions of this Court.

## 2. The Autonomy of the Part of the Undertaking Operated by Another in Relation to the Main Undertaking

Where the main characteristic of the part of the undertaking operated by another consists, as it does in this case, of the specific right to operate on the premises of the main undertaking, it clearly cannot enjoy wholly autonomous existence. In *Lester, supra*, McLachlin J. briefly considered the issue of the degree of autonomy the transferee must receive in order to conclude that a transfer of an undertaking has in fact taken place. At pp. 676-77, she explained the generally accepted position in Canadian law:

tion à ce moment de déterminer si, dans un cas de concession partielle, le secteur d’activités concédé devait être essentiel à la fin poursuivie par l’ensemble de l’entreprise. La seule exigence posée par l’arrêt *Bibeault* est plutôt que les éléments qui caractérisent l’essence de la partie d’entreprise en cause soient transférés. Cet arrêt ne limite pas la possibilité de concession partielle aux parties centrales de l’entreprise.

Dans l’arrêt *Lester*, précité, le juge McLachlin indique, à la p. 676, à propos des exigences applicables en matière de transfert partiel d’entreprise en droit canadien, qu’« [i]l faut plutôt qu’une partie identifiable de l’entreprise soit aliénée » (je souligne). On ne retrouve donc pas non plus dans cet arrêt l’adoption d’un critère de nécessité par rapport à la finalité de l’ensemble de l’entreprise.

Dans le cas qui nous occupe, le juge Prud’homme, aux p. 500-501, conclut que l’entretien ménager constitue une partie essentielle de l’entreprise, en ce sens que, bien qu’il ne soit pas la partie la plus importante, il participe avec les autres activités à la finalité de l’entreprise et se rattache de façon permanente, plutôt qu’accidentelle, à l’entreprise. Cette approche ne contredit aucunement l’arrêt *Bibeault*, précité, pas plus d’ailleurs qu’elle ne va à l’encontre de la jurisprudence subséquente de notre Cour.

## 2. L’autonomie de la partie d’entreprise concédée par rapport à l’entreprise principale

Lorsque, comme en l’espèce, la caractéristique principale de la partie d’entreprise concédée consiste dans un droit d’exploitation spécial des locaux de l’entreprise principale, on comprend qu’elle ne peut avoir une existence complètement autonome. Dans l’arrêt *Lester*, précité, le juge McLachlin se penche brièvement sur la question du degré d’autonomie qui doit être conféré au concessionnaire pour que l’on puisse conclure qu’un transfert d’entreprise est réellement intervenu. Elle explique, aux p. 676-677, la position généralement acceptée en droit canadien :

76

77

78

As Adams, in his text, *Canadian Labour Law* (1985), at p. 414, states in concluding a review of the law from various jurisdictions: "In virtually all cases where a sale of part of a business has been found, a separate and identifiable part of the predecessor's operations has been transferred". Adams continues at p. 415:

What is clear from all these cases is that what must be transferred is a portion of the business capable of being defined and identified as a functioning entity that is viable in itself or sufficiently distinguishable to be severable from the whole.

Because a business is not merely a collection of assets, the vital consideration "is whether the transferee has acquired from the transferrer a functional economic vehicle": *Metropolitan Parking Inc.*, *supra*, at p. 209.

79

In interpreting an enactment that refers to transfer of the operation of part of an undertaking, the Labour Court has developed a specific approach to the autonomy test. LeBel J.A. described the court's reasoning as follows (at p. 60):

[TRANSLATION] Where there is a transfer of operation of part of an undertaking, a close association remains, even though the work is now done under the direction of another employer. . . .

The test of the creation of a viable, functional or operational economic entity, which was used, for example, in the decision of the Ontario Labour Relations Board in *Canadian Union of Public Employees and Metropolitan Parking Inc.* (1980) 1 C.L.R.B.R. 197 and in *Lester (W.W.) (1978) Ltd.*, is not understood in strictly economic terms. Rather, it is analysed on the basis of the cohesion of the components of the part of the undertaking, their constitution as an autonomous and organized economic entity generating activities or requiring the hiring of staff (*Syndicat national des employés municipaux d'Iberville v. Ville d'Iberville*, T.T. Montréal 500-28-000011-916, May 16, 1991 (D.T.E. 91T-712), p. 21 of the judgment). In the case of support services benefiting the entire undertaking, the view of the Labour Court is that the *Labour Code* does not require that the transferred part of the undertaking be

Comme l'a écrit l'auteur Adams dans son ouvrage *Canadian Labour Law* (1985), à la p. 414, au terme d'un examen du droit applicable dans divers ressorts: [TRADUCTION] «Dans pratiquement tous les cas où l'on a conclu à la vente d'une partie d'une entreprise, il y a eu transfert d'une partie distincte et identifiable des opérations du prédécesseur». L'auteur poursuit, à la p. 415:

[TRADUCTION] Il ressort clairement de toutes ces affaires que ce qui doit être transféré, c'est une partie de l'entreprise qui peut être définie et identifiée comme une entité fonctionnelle qui est viable par elle-même ou qui peut suffisamment être distinguée pour pouvoir être retranchée de l'ensemble.

Puisqu'une entreprise représente plus que la seule accumulation d'éléments d'actif, la question essentielle à poser [TRADUCTION] «est de savoir si le cessionnaire a acquis du cédant un instrument économique fonctionnel»: *Metropolitan Parking Inc.*, précité, à la p. 209.

Le Tribunal du travail, interprétant une disposition législative qui réfère à la concession partielle d'entreprise, a quant à lui élaboré une approche particulière face au critère de l'autonomie. Le juge LeBel, à la p. 60, décrit le raisonnement du tribunal :

Dans le cas de la concession partielle, une association étroite subsiste, même si le travail s'exécute désormais sous la direction d'un autre employeur . . .

Le critère de création d'un instrument économique viable, fonctionnel ou opérationnel, tel qu'on le retrouve notamment utilisé dans une décision de l'Ontario Labour Relations Board, dans l'affaire *Canadian Union of Public Employees and Metropolitan Parking Inc.* (1980) 1 C.L.R.B.R. 197 et dans l'arrêt *Lester (W.W.) (1978) Ltd.*, ne se comprend pas en termes strictement économiques. Il s'analyse plutôt sur la base de la cohésion des composantes de la partie d'entreprise, de leur constitution en une entité économique autonome, structurée, qui engendrent des activités ou exigent l'engagement de personnel (*Syndicat national des employés municipaux d'Iberville c. Ville d'Iberville*, T.T. Montréal 500-28-000011-916, le 6 mai 1991 (D.T.E. 91T-712), p. 21 du jugement). Dans le cas des activités de soutien à l'ensemble de l'entreprise, selon le Tribunal du travail, le *Code du travail* n'exige pas que la partie



capable of being sold or be completely economically viable as an autonomous unit (*Id.*, p. 7 of the judgment; *Syndicat des employés des commissions scolaires de la régionale Chauveau (C.S.N.) v. Groupe Admari inc.*, [1991] T.T. 351, 357-58).

In the view of the Labour Court, therefore, [TRANSLATION] “it is of the essence of operation by another of part of the undertaking that its activities continue to be carried on within the fold of the central undertaking that provides it with its identity”, as Judge Lesage, then Associate Chief Judge, said in *Luc Construction, supra*, at pp. 592-93. However, the Labour Court will still take the autonomy test into account. LeBel J.A. wrote (at p. 62):

[TRANSLATION] In the view of the Labour Court, however, the concept of operation by another of an undertaking requires that a sufficient degree of autonomy be given to the transferee, which must be legally independent and be responsible for the work performed by its employees, even if it is subject to administrative or legal control under the contract by which the operation was transferred.

That is the approach that Judge Prud’homme adopted in this case, at pp. 500-501, in concluding that the operation of the part of Ivanhoe’s undertaking concerned with janitorial services had been transferred but was still integrated into the main undertaking, and was directly involved in its activities. Otherwise, there could be no transfer of the operation of part of an undertaking’s support activities. That approach is a reasonable interpretation of s. 45 which does not conflict with *Bibeault, supra*. Furthermore, the reasoning of the Labour Court is a reasonable adaptation of the tests developed by this Court in its analysis of the legislation in force in the other Canadian provinces to Quebec law. That interpretation falls within the specialized jurisdiction of the Labour Court and allows for the rational application of s. 45 in the respect of the transfer of the operation of the undertaking’s support activities.

d’entreprise concédée soit susceptible de vente ou totalement viable économiquement, de façon autonome (*Id.*, p. 7 du jugement; *Syndicat des employés des commissions scolaires de la régionale Chauveau (C.S.N.) c. Groupe Admari inc.*, [1991] T.T. 351, 357-358).

Ainsi, pour le Tribunal du travail, « [i]l est de l’essence de la concession partielle de l’entreprise que ses activités demeurent dans le giron de l’entreprise centrale qui lui donne son identification », comme l’indique le juge Lesage, alors juge en chef adjoint, dans l’affaire *Luc Construction*, précitée, p. 592-593. Cependant, l’autonomie demeure un critère dont le tribunal tient compte. Le juge LeBel écrit à la p. 62 :

Pour le Tribunal du travail, la notion de concession d’entreprise exige toutefois l’attribution d’un degré suffisant d’autonomie au concessionnaire. Il faut qu’il conserve une indépendance juridique et demeure responsable du travail exécuté par ses employés, même s’il est assujéti à des contrôles administratifs ou juridiques en vertu du contrat de concession.

Il s’agit de l’approche que le juge Prud’homme a appliquée en l’espèce, aux p. 500-501, pour conclure que la partie de l’entreprise d’Ivanhoe consacrée à l’entretien ménager a été concédée, mais demeure intégrée à l’entreprise principale, participant directement à la vie de celle-ci. Autrement, la concession partielle des activités de soutien à l’entreprise s’avérerait impossible. Cette approche constitue une interprétation raisonnable de l’art. 45 qui ne contredit pas l’arrêt *Bibeault*, précité. Par ailleurs, le raisonnement du Tribunal du travail constitue une adaptation raisonnable au droit québécois des critères élaborés par notre Cour dans le cadre de son analyse des dispositions en vigueur dans les autres provinces canadiennes. Une telle interprétation se situe à l’intérieur de la compétence spécialisée du Tribunal du travail et permet une application rationnelle de l’art. 45 dans le domaine des concessions en matière d’activités de soutien à l’entreprise principale.

80

81

(ii) *Legal Relationship*

82

The determination that the certification had to be transferred to the four new contractors when the contract with Moderne expired does not conflict with the requirement that there be a legal relationship between successive employers, which was laid down in *Bibeault, supra*. With respect to the theory of retrocession developed by the Labour Court, LeBel J.A. wrote, at p. 69:

[TRANSLATION] The approach taken by the Labour Court does not seem, first, to have been ruled out by *Bibeault*. As noted here, that case involved a situation in which certification had been granted only with respect to the subcontractor. In this case, the certification was first granted in respect of Ivanhoe itself (Alain Barré, “La sous-traitance de l’article 45 du Code du travail après l’affaire C.S.R.O.”, (1991) 32 *C. de D.* 179, 216). [Emphasis added.]

This is indeed a fundamental factual distinction as a result of which we may not treat this case as simply involving a direct application of the principles laid down in *Bibeault*.

83

As Professor Barré stated (“La sous-traitance et l’article 45 du *Code du travail* après l’affaire C.S.R.O.” (1991), 32 *C. de D.* 179, at pp. 223-24), the theory of retrocession, according to which a certification originally granted in respect of the transferor remains with it, but is temporarily inactive during the period of operation by another and is then transferred to the successive subcontractors, was developed by the Labour Court well before *Bibeault, supra*. Before the 1975 decision in *Jack Schwartz, supra*, the Labour Court required that there be a legal relationship between successive employers. When the certification was originally granted in respect of a subcontractor, the Labour Court was of the view that this requirement prevented s. 45 from applying when there was a transfer to a new subcontractor. On the other hand, where the certification was initially granted in respect of the transferor of the operation, the court was of the view that it had to be transferred to all successive subcontractors by virtue of the theory of retrocession (see *Union des employés de service, section locale 298 v. Syndicat national des employés de la Commission scolaire régionale de*

(ii) *Lien de droit*

Le fait de prononcer le transfert de l’accréditation aux quatre nouveaux entrepreneurs à l’expiration du contrat conclu avec Moderne ne répudie pas l’exigence d’un lien de droit entre employeurs successifs énoncée dans l’arrêt *Bibeault*, précité. Le juge LeBel, à propos de la théorie de la rétrocession élaborée par le Tribunal du travail, écrit, à la p. 69 :

Cette approche du Tribunal du travail ne paraît tout d’abord pas écartée par l’arrêt *Bibeault*. Tel qu’on l’a noté ici, ce dernier arrêt visait une situation où l’accréditation n’avait été accordée qu’à l’égard du sous-traitant. Dans le présent dossier, l’accréditation avait d’abord été émise à l’égard d’Ivanhoe même (Alain Barré, « La sous-traitance et l’article 45 du Code du travail après l’affaire C.S.R.O. », (1991) 32 *C. de D.* 179, 216). [Je souligne.]

Il s’agit en effet d’une distinction factuelle fondamentale qui nous interdit de traiter la présente affaire comme un simple cas d’application des principes élaborés dans l’affaire *Bibeault*.

La théorie de la rétrocession, selon laquelle une accréditation qui visait initialement un donneur d’ouvrage demeure en suspens chez lui pendant la durée d’une concession, pour être ensuite transférée aux sous-traitants successifs, avait été élaborée par le Tribunal du travail bien avant l’arrêt *Bibeault*, précité, comme l’indique le professeur Barré (« La sous-traitance et l’article 45 du *Code du travail* après l’affaire C.S.R.O. » (1991), 32 *C. de D.* 179, p. 223-224). Avant l’arrêt *Jack Schwartz*, précité, rendu en 1975, le tribunal exigeait la présence d’un lien de droit entre employeurs successifs. Lorsque l’accréditation était originellement émise chez un sous-traitant, le tribunal jugeait que cette exigence faisait obstacle à l’application de l’art. 45 lors d’une concession à un nouveau sous-traitant. Par contre, lorsque l’accréditation visait au départ le donneur d’ouvrage, il concluait au transfert de celle-ci à tous les sous-traitants successifs, en vertu de la théorie de la rétrocession (voir *Union des employés de service, section locale 298 c. Syndicat national des employés de la Commission scolaire régionale de Baie-des-Chaleurs*, [1973] T.T. 332). Plus tard, les

*Baie-des-Chaleurs*, [1973] T.T. 332). Subsequently, the members of the Labour Court who had adopted the approach developed in *Jack Schwartz* holding that a legal relationship is not necessary ceased to distinguish between the two situations, since certification could then be transferred in both cases.

*Bibeault* did not address cases in which the certification was originally granted in respect of the party which had contracted out the work. On the contrary, the entire analysis was based on identifying the undertaking that has been subject to a transfer of operation resulting in the application of s. 45. At p. 1117, Beetz J. said that for the purposes of s. 45, “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” and at p. 1118, he stated:

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*. . . . [Emphasis added.]

He went on to say, at p. 1119:

The only janitorial service undertaking that can be in question here is that of the subcontractors, that is, of the “employers” . . . . 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. [Emphasis added.]

Thus, in *Bibeault*, the only undertaking that could be operated by another or alienated, for the purposes of s. 45, was the part of the subcontractors’ undertaking which was concerned with the janitorial services for the CSRO’s schools and which was never operated by the CSRO as an employer for the purposes of the *Labour Code*,

membres du tribunal ayant adhéré à la conception élaborée dans l’affaire *Jack Schwartz*, voulant qu’un lien de droit ne soit pas nécessaire, ont cessé de distinguer ces deux situations, l’accréditation pouvant dès lors être transférée dans un cas comme dans l’autre.

L’affaire *Bibeault* ne portait pas sur les cas où le donneur d’ouvrage était originellement visé par l’accréditation. Au contraire, l’ensemble de l’analyse est fondée sur l’identification de l’entreprise qui fait l’objet de la concession entraînant l’application de l’art. 45. À la page 1117, le juge Beetz indique qu’aux fins de l’art. 45, « 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 » et à la p. 1118, il précise :

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*. . . . [Je souligne.]

Et plus loin, à la p. 1119 :

La seule entreprise d’entretien ménager dont il puisse être question est celle des sous-traitants, c.-à-d. celle des « employeurs » [ . . . ] 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. [Je souligne.]

Ainsi, dans l’affaire *Bibeault*, la seule entreprise qui pouvait être concédée ou aliénée, aux fins de l’art. 45, était cette partie de l’entreprise des sous-traitants qui était consacrée à l’entretien des écoles de la CSRO et qui ne fut jamais exploitée par la CSRO en tant qu’employeur aux fins du *Code du travail*, celle-ci n’ayant jamais été visée par une

since there had never been a certification granted in respect of the CSRO. Because the subcontractors had not transferred that part of their undertaking to another employer, the certification had simply ceased to exist when the contract between them and the CSRO expired. Beetz J., at p. 1124, quoting from p. 278 of *Montcalm Carpets Specialists*, *supra*, said:

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. [First emphasis added; second emphasis in original.]

He went on to say, at p. 1126 :

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. [Emphasis added.]

86

In *Bibeault*, the CSRO itself did not own a janitorial services undertaking within the meaning of s. 45. The legal relationships which successively existed between it and the various subcontractors could therefore not lead to the transfer of a certification that had never applied to the CSRO. Nor did the CSRO have the legal authority to transfer the undertaking belonging to its subcontractors to new employers. Beetz J. wrote, at p. 1113:

accréditation. Or, les sous-traitants n'ayant pas concédé cette partie de leur entreprise à un autre employeur, elle a tout simplement cessé d'exister à l'expiration du contrat les liant à la CSRO. Le juge Beetz, à la p. 1124, citant la p. 278 de l'affaire *Montcalm Carpets Specialists*, précitée, indique :

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 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." [Premier soulignement ajouté; deuxième soulignement dans l'original.]

Et plus loin, à la p. 1126 :

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. [Je souligne.]

Dans l'affaire *Bibeault*, la CSRO elle-même ne possédait pas d'entreprise d'entretien ménager au sens de l'art. 45. Les liens de droit l'unissant successivement aux divers sous-traitants ne pouvaient donc pas servir à entraîner le transfert d'une accréditation qui ne l'avait jamais visée. La CSRO ne possédait pas non plus le pouvoir juridique de concéder l'entreprise de ses sous-traitants à de nouveaux employeurs. À la page 1113, le juge Beetz écrit :

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. [Emphasis added.]

Hence, in *Bibeault*, the certification could not have applied to the new subcontractor, since the former subcontractors had not transferred the operation of their undertaking to it. The CSRO itself was simply incapable of transferring the operation of the undertaking within the meaning of s. 45, since it had never owned it. The requirement that there be a legal relationship between the former employer and the new employer must therefore be analysed having regard to the principle that the undertaking which is alienated or operated by another is the one that belongs to the employer in respect of which the certification was granted. As Professor Barré, *supra*, stated, at p. 218, the situation is completely different where the certification applies to the party that contracted out the work:

[TRANSLATION] While the transfer that is to occur between “the former employer and the new employer” must relate to “the undertaking . . . of the employer in respect of which the certification was granted”, there is no doubt that the Supreme Court in no way contemplated, where a change of subcontractors occurs, the situation where the certification was granted in respect of the party that contracted out the work, since the former employer is in no way capable in that situation of transferring any right whatsoever in the undertaking belonging to the party that contracted out the work. [Emphasis added.]

Thus we see that the situation in this case is clearly different from the situation in respect of which Beetz J. had to rule in *Bibeault*. In this case it is the transfer of the operation of the undertaking belonging to Ivanhoe, the transferor, and not the undertaking belonging to its subcontractor, Moderne, that must be identified. That being the case, the legal relationships between Ivanhoe and its successive subcontractors become extremely relevant. In addition, the former employer, Moderne, is not the one that has the authority in this case, when its contract expires, to transfer the operation of the undertaking which is relevant for the purposes of s. 45, that is, the undertaking

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. [Je souligne.]

En somme, dans l’affaire *Bibeault*, le nouveau sous-traitant ne pouvait pas être visé par l’accréditation, puisque les sous-traitants précédents ne lui avaient pas concédé leur entreprise. La CSRO, quant à elle, ne pouvait tout simplement pas concéder d’entreprise au sens de l’art. 45, n’en ayant jamais possédé. L’exigence d’un lien de droit entre l’employeur précédent et le nouvel employeur doit donc s’analyser à la lumière du principe voulant que l’entreprise sur laquelle porte l’aliénation ou la concession soit celle de l’employeur auprès de qui l’accréditation est accordée. Comme l’indique le professeur Barré, *loc. cit.*, p. 218, la situation est complètement modifiée lorsque l’accréditation vise le donneur d’ouvrage :

Si la concession devant intervenir entre « l’employeur précédent et le nouvel employeur » doit avoir pour objet « l’entreprise [. . .] de l’employeur auprès de qui l’accréditation est octroyée », il ne fait pas de doute que la Cour suprême n’a nullement envisagé, lors d’un changement de sous-traitants, la situation de l’accréditation octroyée auprès du donneur d’ouvrage, l’employeur précédent n’étant nullement en mesure, dans cette situation, de transmettre un droit quelconque dans l’entreprise du donneur d’ouvrage. [Je souligne.]

On constate donc que la situation qui nous occupe en l’espèce se distingue clairement de celle sur laquelle le juge Beetz avait à se prononcer dans l’affaire *Bibeault*. Dans le cas qui nous occupe, c’est la concession de l’entreprise d’Ivanhoe, le donneur d’ouvrage, et non celle de l’entreprise de son sous-traitant, Moderne, qu’il faut identifier. Les liens de droit unissant Ivanhoe à ses sous-traitants successifs deviennent dès lors hautement pertinents. De plus, l’employeur précédent, en l’espèce Moderne, n’est pas ici celui qui détient le pouvoir, à l’expiration de son contrat, de concéder l’entreprise pertinente aux fins de l’art. 45, soit celle d’Ivanhoe. Pour donner effet à l’objet de

87

88

belonging to Ivanhoe. To give effect to the purpose of s. 45 in a situation of this nature, which evidently has never been considered by this Court in the past, the Labour Court developed the theory of retrocession. That concept is easily explained once the legal nature of operation by another is understood. On this point, Professor Barré, *supra*, wrote, at p. 218:

[TRANSLATION] When the operation of an undertaking is transferred, the employer transfers to another, on a temporary basis, a right to operate a part — or even the whole — of its undertaking. Can it be argued in such a case that the certification completely ceases to have effect with respect to the transferor employer? [Emphasis added.]

The writer concludes, at pp. 218-23, that it is actually impossible for the transfer of operation of an undertaking, the essential characteristic of which is that it is temporary, to operate, in and of itself, to permanently terminate the certification. In the judgment *a quo*, LeBel J.A. said (at p. 72) :

[TRANSLATION] A temporary transfer of operation implies both the transfer of rights and obligations to the transferee and the retrocession of those rights when the transfer terminates. [Emphasis added.]

89 Ivanhoe used a consensual juridical act to transfer the right to operate part of its undertaking to Moderne for a fixed period of time. Moderne therefore agreed at the outset that Ivanhoe would take back the right to operate its undertaking when the transfer expired. Since Ivanhoe had never permanently divested itself of its undertaking, it could not have divested itself of the certification associated with that undertaking. When it took back its rights, when the contract expired, the certification was reactivated in respect of it and was then transferred to the new contractors.

90 In the case at bar, Ivanhoe decided not to take back the operation of its janitorial undertaking when the first transfer expired. In *Bibeault*, Beetz J. concluded that the mere fact that the CSRO could have decided to perform the janitorial services itself was insufficient to conclude that there was a legal relationship among its various subcontractors. At p. 1118, he wrote:

l'art. 45 face à une telle situation, qui de toute évidence n'a jamais été étudiée par notre Cour dans le passé, le Tribunal du travail a élaboré la théorie de la rétrocession. Cette conception s'explique facilement lorsqu'on comprend la nature juridique d'une concession. À ce sujet, le professeur Barré, *loc. cit.*, écrit, à la p. 218 :

Lors d'une concession d'entreprise, l'employeur cède au profit d'un tiers, sur une base temporaire, un droit d'exploitation d'une partie — voire de la totalité — de son entreprise. Peut-on prétendre, dans ce cas, que l'accréditation cesse complètement d'avoir effet à l'égard de l'employeur-cédant? [Je souligne.]

L'auteur conclut, aux p. 218-223, qu'il est effectivement impossible qu'une concession d'entreprise qui a pour caractéristique essentielle d'être temporaire puisse à elle seule mettre fin de façon permanente à l'accréditation. Dans la décision dont appel, le juge LeBel indique à la p. 72 :

Une concession temporaire implique à la fois la transmission de droits et d'obligations au concessionnaire et la rétrocession de ces mêmes droits à la fin de la concession. [Je souligne.]

En effet, c'est par le truchement d'un acte juridique consensuel qu'Ivanhoe a transmis à Moderne le droit d'exploitation d'une partie de son entreprise pour une durée déterminée. Moderne a donc consenti dès le départ à ce qu'Ivanhoe redeviene titulaire du droit d'exploitation de son entreprise à l'expiration de la concession. Ivanhoe ne s'étant jamais départie de son entreprise de façon permanente, elle ne pouvait non plus se départir de l'accréditation liée à celle-ci. Lorsqu'elle a repris ses droits à l'expiration du contrat, l'accréditation a repris vie chez elle, pour être ensuite transférée aux nouveaux entrepreneurs.

En l'espèce, Ivanhoe a choisi de ne pas reprendre l'exploitation de son entreprise d'entretien ménager à l'expiration d'une première concession. Dans l'arrêt *Bibeault*, le juge Beetz avait conclu que le simple fait que la CSRO aurait pu décider d'effectuer elle-même l'entretien ménager n'était pas suffisant pour conclure à un lien de droit entre ses divers sous-traitants. À la page 1118, il écrit :

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. [Emphasis added.]

In the instant case, however, the undertaking that was originally transferred pursuant to s. 45 was indeed Ivanhoe's undertaking, and the activity in question was duly set out in the certificate of certification. Unlike the CSRO, Ivanhoe was the owner of an undertaking within the meaning of s. 45. In those circumstances, it was reasonable for the Labour Court to find that Ivanhoe's legal capacity to take back the operation of its undertaking, which had been the subject of the certification in the first place, when a transfer expired was sufficient to give it the legal authority to transfer the operation of that undertaking to the new contractors, with the result that s. 45 applied.

We know that in addition to requiring a legal relationship between successive employers, *Bibeault* defined, at p. 1115, alienation or operation by another as the voluntary transfer of a right. That requirement had to be qualified by both the Quebec Court of Appeal and the Labour Court, in order to respond to the situations that subsequently arose. For example, in *Collines-de-l'Outaouais*, *supra*, in which judgment was rendered on the same day as the decision *a quo*, both Zerbisias J. (*ad hoc*), at p. 107, and LeBel J.A., at p. 110, concluded that the legal relationship required in order for s. 45 to apply may be imposed by the legislature when it provides for the succession of one municipal organization to another. In general, however, a mutual agreement between the successive employers will be necessary, as was held in *Bibeault* and the subsequent decisions of the Labour Court. In this case, the retrocession of the undertaking is the result precisely of such mutual agreement. The temporary nature of the transfer to Moderne does not admit of any other conclusion.

Hence, the interpretation by the Labour Court of the requirement that there be a legal relationship between successive employers and of its application to situations in which a certification has been

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. [Je souligne.]

Cependant, dans le cas qui nous occupe, l'entreprise concédée au départ en vertu de l'art. 45 était bien celle d'Ivanhoe et l'activité en cause était dûment consacrée au certificat d'accréditation. Contrairement à la CSRO, Ivanhoe était titulaire d'une entreprise au sens de l'art. 45. Dans ces circonstances, il était raisonnable pour le Tribunal du travail de conclure que la faculté juridique d'Ivanhoe de reprendre l'exploitation de son entreprise, au départ sujette à l'accréditation, à l'expiration d'une concession suffisait pour lui conférer le pouvoir juridique de concéder cette entreprise aux nouveaux entrepreneurs, entraînant ainsi l'application de l'art. 45.

On sait que l'arrêt *Bibeault*, en plus d'exiger un lien de droit entre employeurs successifs, définit, à la p. 1115, l'aliénation ou la concession comme la transmission volontaire d'un droit. Cette exigence a dû être nuancée tant par la Cour d'appel du Québec que par le Tribunal du travail pour répondre aux situations qui se sont présentées par la suite. Par exemple, dans l'arrêt *Collines-de-l'Outaouais*, précité, rendu le même jour que la décision dont appel, tant le juge Zerbisias (*ad hoc*), à la p. 107, que le juge LeBel, à la p. 110, ont conclu que le lien de droit requis pour l'application de l'art. 45 peut être imposé par le législateur lorsqu'il prévoit la succession d'une organisation municipale à une autre. Cependant, de façon générale, l'intervention d'un accord de volonté entre les employeurs qui se succèdent sera nécessaire, comme l'a déterminé l'arrêt *Bibeault* et la jurisprudence subséquente du Tribunal du travail. En l'espèce, la retrocession de l'entreprise résulte précisément de cet accord de volonté. Le caractère temporaire de la concession effectuée en faveur de Moderne ne peut nous permettre aucune autre conclusion.

En somme, l'interprétation que fait le Tribunal du travail de l'exigence d'un lien de droit entre employeurs successifs et de son application aux situations où le donneur d'ouvrage est visé par une

91

92

granted in respect of the transferor is a reasonable exercise of its specialized jurisdiction. The approach taken by the Labour Court does not conflict with *Bibeault* and clearly falls within its jurisdiction, since its aim is to give effect to the purpose of s. 45, while taking into account the reality of the business practices it is addressing. The theory of retrocession makes it possible to ensure that employers cannot permanently rid themselves of the certifications that apply to them by engaging in mere temporary transfers of operation, which would be contrary to the purposes of s. 45. In the judgment *a quo*, LeBel J.A. wrote (at p. 72):

[TRANSLATION] In addition, at the level of the policy in relation to the application of labour legislation, rejection of the principle of retrocession and successive transfers would have potentially serious consequences for the stability of certifications and the objective of continuity promoted by the application of the *Labour Code*. It would, in effect, enable employers to rid themselves of certifications and collective agreements by engaging in successive transfers of operation of undertakings (see *Conciergerie C.D.J. (Québec) inc. v. Fraternité canadienne des cheminots, employés de transports et autres ouvriers, section locale 277*, T.T. Québec 200-28-000007-92, June 2, 1992 (D.T.E. 92T-1043), p. 28 of the judgment; see *Syndicat des travailleurs du Holiday Inn Ste-Foy (C.S.N.) v. Prime Hospitality Inc.*, [1991] T.T. 40, 46).

93

It was in fact for these reasons that Judge Prud'homme concluded at pp. 501-2 that *Bibeault* did not hold that a transferor to which a certification applied may rid itself of that certification by successively transferring the operation of its undertaking to two subcontractors. According to Judge Prud'homme, that approach would result in [TRANSLATION] "precarious certification" and the "indefensible gutting of section 45" which could not have been the intention of this Court.

94

Furthermore, the cases decided by this Court since *Bibeault* have confirmed that the question of whether an undertaking has been transferred must be analysed using flexible tests that are, for the most part, to be assessed by the administrative tribunals responsible for the matter. In *Ajax, supra*, McLachlin C.J. wrote, at para. 2:

accréditation constitue un exercice raisonnable de sa compétence spécialisée. L'approche du tribunal ne contredit pas l'arrêt *Bibeault* et se situe clairement dans les limites de sa compétence, puisqu'elle vise à donner effet à l'objet de l'art. 45 tout en tenant compte des réalités commerciales qu'il vise. La théorie de la rétrocession permet en effet d'éviter que des employeurs puissent se libérer de façon permanente des accréditations les visant par le biais de simples concessions temporaires, ce qui serait contraire aux objets de l'art. 45. Dans la décision dont appel, le juge LeBel écrit à la p. 72 :

De plus, sur le plan de la politique d'application de la législation du travail, le rejet du principe de rétrocession et de transmissions successives aurait des conséquences potentiellement graves sur la stabilité des accréditations et l'objectif de maintien recherché par l'application du *Code du travail*. Il permettrait, en effet, à des employeurs de se débarrasser des accréditations et des conventions collectives par la concession successive d'entreprise (voir *Conciergerie C.D.J. (Québec) inc. c. Fraternité canadienne des cheminots, employés de transports et autres ouvriers, section locale 277*, T.T. Québec 200-28-000007-92, le 2 juin 1992 (D.T.E. 92T-1043), p. 28 du jugement; voir *Syndicat des travailleurs du Holiday Inn Ste-Foy (C.S.N.) c. Prime Hospitality Inc.*, [1991] T.T. 40, 46).

C'est d'ailleurs ces motifs qu'invoque en l'espèce le juge Prud'homme, aux p. 501-502, lorsqu'il conclut que l'arrêt *Bibeault* n'a pas énoncé qu'un donneur d'ouvrage visé par une accréditation peut s'en libérer en concédant son entreprise à deux sous-traitants de façon successive. Une telle approche entraînerait selon le juge Prud'homme une « précarité de l'accréditation » et une « stérilisation indéfendable de l'article 45 » que notre Cour n'aurait pu avoir l'intention de créer.

Par ailleurs, la jurisprudence que notre Cour a rendue depuis l'arrêt *Bibeault*, est venue confirmer que la présence d'un transfert d'entreprise doit s'analyser en vertu de critères souples, qui sont en majeure partie laissés à l'appréciation des tribunaux administratifs compétents. Dans l'arrêt *Ajax*, précité, le juge en chef McLachlin écrit, au par. 2 :



In my view, the historical and functional connection between Charterways and the Town of Ajax constitutes evidence upon which the Board would rationally have based its conclusion of successorship. I would agree with Goudge J.A. that the conclusion of the Board was not “clearly irrational”.

Goudge J.A., whose reasons were affirmed in their entirety by the majority of this Court, stated, at p. 432:

The conclusion that these facts constitute a sale as defined by s. 64 is not “clearly irrational”. It does not give the section a patently unreasonable interpretation. The statutory definition is inclusive: “‘sells’ includes leases, transfers and any other manner of disposition”. Because of the remedial purpose of s. 64, namely the preservation of bargaining rights, this definition is to be given a broad and liberal interpretation. Moreover, it is not required that the transfer take any particular legal form nor take place by way of legal transaction. In *W. W. Lester, supra*, at pp. 674-75, McLachlin J. put it this way:

In keeping with the purpose of successorship provisions — to protect the permanence of bargaining rights — labour boards have interpreted “disposition” broadly to include almost any mode of transfer and have not relied on technical legal forms of business transactions. As explained by the Ontario Board in *United Steelworkers of America v. Thorco Manufacturing Ltd.* (1965), 65 C.L.L.C. ¶16,052, an expansive definition accords with the purpose of the section — to preserve bargaining rights regardless of the legal form of the transaction which puts bargaining rights in jeopardy. [Emphasis added.]

Thus, even where there is no formal juridical act of transfer, this Court has found that it was not patently unreasonable to conclude that the certification had to be transferred. The specific business relationship that existed between the successive employers was sufficient to allow the Board to find that part of the undertaking had been transferred.

À mon avis, le lien historique et fonctionnel qui existe entre Charterways et la ville d’Ajax constitue un élément de preuve sur lequel la Commission pouvait raisonnablement fonder sa conclusion à l’existence de l’obligation du successeur. Je conviens avec le juge Goudge que la conclusion de la Commission n’était pas «clairement irrationnelle».

Le juge Goudge, dont les motifs ont été confirmés entièrement par la majorité de notre Cour, indiquait, à la p. 432 :

[TRADUCTION] La conclusion selon laquelle les faits réunis constituent une vente aux termes de l’art. 64 n’est pas «clairement irrationnelle». Elle ne permet pas de donner à cet article une interprétation manifestement déraisonnable. La définition de la loi est englobante: «vend» s’entend en outre des termes «loue» et «transfère», et de «tout autre mode d’aliénation». Compte tenu de l’objet réparateur de l’art. 64, c’est-à-dire de conserver les droits de négociation, cette définition doit être interprétée de façon large et libérale. Qui plus est, il n’est nullement exigé que l’aliénation d’une entreprise adopte une forme juridique particulière ou procède d’un acte juridique. Dans l’arrêt *W. W. Lester*, précité, aux pp. 674 et 675, le juge McLachlin précise:

En accord avec la fin visée par les dispositions sur l’obligation du successeur — protéger la permanence des droits de négociation — les commissions du travail ont donné à l’expression «aliénation» une interprétation large embrassant pratiquement tout mode de transfert, sans se fonder sur la forme juridique particulière des opérations commerciales. Comme l’a expliqué la Commission de l’Ontario dans l’affaire *United Steelworkers of America v. Thorco Manufacturing Ltd.* (1965), 65 CLLC ¶ 16,052, une définition extensive correspond au but de la disposition — conserver les droits de négociation peu importe la forme juridique de l’opération qui les met en péril. [Je souligne.]

Ainsi, même en l’absence d’un acte juridique formel de transfert, notre Cour a conclu qu’il n’était pas manifestement déraisonnable de prononcer le transfert de l’accréditation. La relation commerciale particulière qui existait entre les employeurs successifs était suffisante pour permettre à la Commission de conclure qu’une partie de l’entreprise avait été transférée.

95

In addition, as McLachlin J. pointed out in *Lester*, *supra*, at p. 675, it was decided in *National Bank of Canada v. Retail Clerks' International Union*, [1984] 1 S.C.R. 269, that a provision similar to s. 45 of the *Labour Code*, s. 144 of the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1, which defined "sell" to include "the lease, transfer and other disposition of the business", could also apply to a case involving the merger of two branches of the same bank where a unionized branch had been closed and its operations transferred to a non-unionized branch. Even though the provision in question did not refer to merger or changes within an undertaking, this Court found that the expressions "transfer" and "other disposition" could cover the situation in question.

De plus, comme le souligne le juge McLachlin dans l'affaire *Lester*, précitée, p. 675, il a été décidé dans l'arrêt *Banque Nationale du Canada c. Union internationale des employés de commerce*, [1984] 1 R.C.S. 269, qu'une disposition semblable à l'art. 45 du *Code du travail*, soit l'art. 144 du *Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, ch. L-1, qui définissait la « vente » comme incluant « la location, le transfert et tout autre acte d'aliénation de l'entreprise », pouvait aussi s'appliquer à un cas de fusion entre deux succursales d'une même banque, la succursale syndiquée ayant été fermée et ses opérations transférées à une succursale non syndiquée. Alors même que la disposition en cause ne mentionnait pas la fusion ou les changements effectués à l'intérieur d'une entreprise, notre Cour a jugé que les termes « transfert » et « tout autre acte d'aliénation » pouvaient inclure le cas sous étude.

96

In the circumstances, it seems clear that the Labour Court could reasonably find in this case that when the contract with Moderne expired, Ivanhoe took back responsibility for its undertaking and was once again bound by the certification. The fact that there was no formal juridical act of alienation when the transfer of operation to Moderne expired is not an insurmountable barrier to transfer of the certification, since the transfer of operation of an undertaking which results in s. 45 applying can take different legal forms. In the instant case, the undertaking was transferred by way of a retrocession agreed upon by the parties in advance at the time the term of the transfer was negotiated.

Dans ces circonstances, il me semble clair que le Tribunal du travail pouvait raisonnablement conclure, dans la présente affaire, qu'Ivanhoe avait repris la responsabilité de son entreprise à l'expiration du contrat avec Moderne et se trouvait de nouveau visée par l'accréditation. L'absence d'acte formel d'aliénation à l'expiration de la concession en faveur de Moderne ne constitue pas un obstacle insurmontable au transfert de l'accréditation, puisque la concession d'entreprise entraînant l'application de l'art. 45 peut prendre différentes formes juridiques. En l'espèce, l'entreprise a été transférée par le biais d'une rétrocession sur laquelle les parties s'étaient entendues à l'avance au moment de déterminer la durée de la concession.

97

Furthermore, Professor Barré, *supra*, at pp. 223-29, believes that the theory of retrocession does not conflict with *Bibeault* and is a logical approach that makes it possible to maintain stable collective labour relations. Retrocession has also been approved by R. P. Gagnon, who wrote, in *Le droit du travail du Québec: pratiques et théories* (4th ed. 1999), at p. 338:

Par ailleurs, le professeur Barré, *loc. cit.*, p. 223-229, considère que la théorie de la rétrocession ne contredit pas l'arrêt *Bibeault* et constitue une approche logique qui permet de maintenir la stabilité des rapports collectifs de travail. La rétrocession est aussi acceptée par l'auteur R. P. Gagnon, qui indique, dans *Le droit du travail du Québec: pratiques et théories* (4<sup>e</sup> éd. 1999), p. 338 :

[TRANSLATION] Alienation and, frequently, operation by another of an undertaking may eventually lead to retrocession of the undertaking. Where a certification has been granted with respect to the transferor employer and

L'aliénation et, souvent, la concession de l'entreprise peuvent éventuellement donner lieu à sa rétrocession. En présence d'une accréditation qui lie l'employeur cédant et qui se trouve transmise par l'article 45 chez un

is transferred by section 45 to a new employer, the end of the transfer will result in the transferred activities again falling under the certification that originally applied to them. A subsequent alienation or transfer to another operator will result in section 45 again applying between the transferor and that operator. [Emphasis added.]

To give effect to the purpose of s. 45 in cases involving the temporary transfer of the operation of an undertaking, the Labour Court developed the concept of potential employer, which is tied to the concept of retrocession. That notion explains why it is not necessary, in order for a new transfer to result in s. 45 being applied, for the party that contracted out the work to actually take back the operation of the part of the undertaking that had been transferred. The mere fact that the transferor has the legal authority to operate the undertaking, combined with the existence of a certification that applied to it in the first place, is sufficient. This is an approach that enables s. 45 to be adapted to the concrete situations to which it applies. Indeed, this type of reasoning is not new in Quebec civil law. Numerous legal fictions have been expressly created by law, for example in the civil law institutions of substitution (see arts. 1218-55 *C.C.Q.* and G. Brière, *Donations, substitutions et fiducie* (1988), at pp. 221-64) and stipulation for another (see arts. 1444-50 *C.C.Q.*, and J.-L. Baudouin and P.-G. Jobin, *Les obligations* (5th ed. 1998), at pp. 386-93).

Other legal fictions have been wholly or partly created by the courts. For example, in *General Motors Products of Canada Ltd. v. Kravitz*, [1979] 1 S.C.R. 790, this Court took the view that the seller's warranty of quality was an accessory to the property and was transferred with it on successive sales. Accordingly, the subsequent buyers could invoke the contractual warranty of quality against the manufacturer, even though they did not contract directly with it (see P.-G. Jobin, *La vente dans le Code civil du Québec* (1993), at pp. 138-43; J. Edwards, *La garantie de qualité du vendeur en droit québécois* (1998), at pp. 71-83). Otherwise, that warranty could only have had effect between the contracting parties, by virtue of the principle of privity of contracts which holds that a

nouvel employeur, la fin de la concession ramènera les activités concédées sous le couvert de l'accréditation qui les visait originellement. Une aliénation ou une concession ultérieure à un autre exploitant déclenchera une nouvelle application de l'article 45 entre le cédant et ce dernier. [Je souligne.]

Pour donner effet à l'objet de l'art. 45 face à des concessions temporaires d'entreprise, le Tribunal du travail a élaboré le concept de l'employeur potentiel, lié à celui de la rétrocession. C'est pourquoi il n'est pas nécessaire que le donneur d'ouvrage reprenne, dans les faits, l'exploitation de la partie d'entreprise concédée pour qu'une nouvelle concession puisse entraîner l'application de l'art. 45. Le simple fait de détenir le pouvoir juridique d'exploiter l'entreprise, jumelé à la présence d'une accréditation visant au départ le donneur d'ouvrage, suffit. Il s'agit d'une approche qui permet d'adapter l'art. 45 aux situations concrètes qu'il vise. Ce type de raisonnement n'est d'ailleurs pas nouveau en droit civil québécois. Il existe en effet de nombreuses fictions juridiques créées expressément par la loi, par exemple dans les institutions civilistes de la substitution (voir les art. 1218-1255 *C.c.Q.* et G. Brière, *Donations, substitutions et fiducie* (1988), p. 221-264) et de la stipulation pour autrui (voir les art. 1444-1450 *C.c.Q.* et J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, *Les obligations* (5<sup>e</sup> éd. 1998), p. 386-393).

D'autres fictions juridiques ont été créées, totalement ou partiellement, par les tribunaux. Par exemple, dans l'arrêt *General Motors Products of Canada Ltd. c. Kravitz*, [1979] 1 R.C.S. 790, notre Cour a jugé que la garantie de qualité du vendeur constituait un accessoire du bien et était transmise avec lui lors des ventes successives. Ainsi, le sous-acquéreur d'un bien peut invoquer la garantie contractuelle de qualité à l'encontre du fabricant, alors même qu'il n'a pas contracté directement avec lui (voir P.-G. Jobin, *La vente dans le Code civil du Québec* (1993), p. 138-143; J. Edwards, *La garantie de qualité du vendeur en droit québécois* (1998), p. 71-83). Autrement, une telle garantie n'aurait pu valoir qu'entre les parties contractantes, en vertu du principe de la relativité des con-

contract does not affect third persons (art. 1440 C.C.Q.). As a result of the principle established in *Kravitz* and now codified in art. 1442 C.C.Q., the contractual warranty of quality is able to properly perform its function of protecting the buyer of property.

trats, portant que les contrats ne peuvent avoir d'effet quant aux tiers (art. 1440 C.c.Q.). Grâce au principe établi dans l'arrêt *Kravitz*, aujourd'hui codifié à l'art. 1442 C.c.Q., la garantie contractuelle de qualité peut remplir adéquatement sa fonction de protection de l'acquéreur d'un bien.

100 In the law of persons, this Court held, in *Montreal Tramways Co. v. Léveillé*, [1933] S.C.R. 456, that a child born alive and viable could maintain an action in its own name for damages against the person who caused the injury sustained by it in its pre-natal state, even though in the civil law legal personality cannot exist until birth (see also *Dobson (Litigation Guardian of) v. Dobson*, [1999] 2 S.C.R. 753, at paras. 13-18). In that case, this Court recognized the existence of the civil law principle that when a child is born alive and viable, its legal personality is retroactive to the date of conception, through a legal fiction that operates only for the benefit of the child and can never be used against it (see É. Deleury and D. Goubau, *Le droit des personnes physiques* (2nd ed. 1997), at pp. 11-17). This principle is expressly recognized by the legislature in certain fields, such as successions (art. 617 C.C.Q.), substitution (art. 1242 C.C.Q.), trusts (art. 1279 C.C.Q.), gifts (art. 1814 C.C.Q.) and insurance of persons (art. 2447 C.C.Q.). In *Montreal Tramways*, *supra*, this Court recognized that even where the rule had not been generally codified, legal personality can be retroactive to the date of conception whenever this is required in the interests of a child born alive and viable.

En droit des personnes, notre Cour a indiqué, dans l'arrêt *Montreal Tramways Co. c. Léveillé*, [1933] R.C.S. 456, qu'un enfant né vivant et viable pouvait poursuivre en son nom propre la personne lui ayant causé un dommage pendant la grossesse, alors même qu'en droit civil, la personnalité juridique ne peut exister qu'à partir de la naissance (voir aussi *Dobson (Tuteur à l'instance de) c. Dobson*, [1999] 2 R.C.S. 753, par. 13-18). Notre Cour a alors reconnu l'existence du principe de droit civil voulant que, lorsque l'enfant naît vivant et viable, sa personnalité juridique rétroagit au jour de la conception, par le biais d'une fiction juridique qui n'opère qu'en faveur de l'enfant et ne peut jamais être invoquée contre lui (voir É. Deleury et D. Goubau, *Le droit des personnes physiques* (2<sup>e</sup> éd. 1997), p. 11-17). Ce principe est expressément reconnu par le législateur dans certains domaines, comme ceux des successions (art. 617 C.c.Q.), des substitutions (art. 1242 C.c.Q.), des fiducies (art. 1279 C.c.Q.), des donations (art. 1814 C.c.Q.) et de l'assurance de personnes (art. 2447 C.c.Q.). Dans l'arrêt *Montreal Tramways*, précité, notre Cour a reconnu que, même en l'absence de codification générale de la règle, la personnalité juridique peut rétroagir au jour de la conception chaque fois que l'intérêt d'un enfant né vivant et viable l'exige.

101 From this brief overview of some of the legal fictions that are found in civil law, we may observe that when the Labour Court developed the theory of retrocession it was not only following a pragmatic and functional approach that enabled effect to be given to the purpose of s. 45, but also adopting a civil law approach in order to determine the effects of successive transfers of operation of an undertaking. The Labour Court therefore respected the broader context in which it must function, basing its approach on the specific legal system in force in Quebec, from which the concepts of alien-

Ce bref survol de quelques-unes des fictions juridiques qui font partie du droit civil nous permet de constater que, lorsqu'il a élaboré la théorie de la rétrocession, le Tribunal du travail s'est non seulement conformé à une approche pragmatique et fonctionnelle permettant de donner effet à l'objet de l'art. 45, mais a aussi adopté une approche civiliste pour déterminer les effets des concessions successives d'entreprise. Le Tribunal du travail a donc su respecter le contexte plus large dans lequel il doit fonctionner, s'inspirant du système de droit particulier en vigueur au Québec, d'où les concepts

ation and operation by another used in s. 45 are derived, as Beetz J. clearly explained in *Bibeault*, *supra*, at pp. 1097 and 1112-13.

(b) The Transfer of the Collective Agreement

Generally speaking, transfer of both the collective agreement and the certification will follow from a decision finding that an undertaking has been alienated or is being operated by another. The purpose of s. 45 is to protect not only collective bargaining rights but also, where circumstances permit, the individual rights of employees to have their working conditions safeguarded. In *Adam*, *supra*, at pp. 694-95, Chouinard J. for the Court, described the goals contemplated by s. 45 (then s. 36):

The fact remains that the certification and agreement also confer rights on the employees themselves, and I do not see anything in the wording of s. 36 to justify the statement that “the protection [...] is given to the employee association only”.

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. . . . [Emphasis added.]

The most common way of protecting employees’ rights will be to transfer the collective agreement guaranteeing their working conditions and job security to the new employer.

In this case, however, both the labour commissioner and the Labour Court declined to transfer the collective agreement signed with Moderne to the new employers. As we saw, the Labour Court took the view that the undertaking transferred to the contractors was Ivanhoe’s rather than its subcontractor’s. It therefore held that the agreement signed with Moderne became invalid when its contract expired, and could not be transferred to the new contractors. Furthermore, according to clause 25.01 of the last agreement signed with Ivanhoe, that agreement expired on May 22, 1989. Thus, at

de l’aliénation et de la concession d’entreprise employés à l’art. 45 sont tirés, comme l’a clairement expliqué le juge Beetz dans l’arrêt *Bibeault*, précité, p. 1097 et 1112-1113.

(b) Le sort de la convention collective

De façon générale, une décision constatant la présence d’une aliénation ou d’une concession d’entreprise entraînera le transfert à la fois de la convention collective et de l’accréditation. En effet, l’art. 45 vise à protéger non seulement des droits collectifs de négociation, mais aussi, lorsque les circonstances le permettent, les droits individuels des salariés au maintien de leurs conditions de travail. Dans l’arrêt *Adam*, précité, p. 694-695, le juge Chouinard décrit, au nom de la Cour, les buts recherchés par l’art. 45 (alors l’art. 36) :

Il n’en reste pas moins que l’accréditation et la convention confèrent aussi des droits aux salariés eux-mêmes et rien dans le texte de l’art. 36 ne me paraît justifier l’affirmation que «la protection [...] est donnée à l’association de salariés uniquement».

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. . . . [Je souligne.]

La protection des droits des salariés sera le plus souvent assurée par le transfert au nouvel employeur de la convention collective garantissant les conditions de travail et la sécurité d’emploi.

En l’espèce, cependant, tant le commissaire que le Tribunal du travail ont refusé de transférer la convention collective signée avec Moderne aux nouveaux entrepreneurs. Comme on l’a vu, le Tribunal du travail juge que l’entreprise concédée aux entrepreneurs est celle d’Ivanhoe plutôt que celle de son sous-traitant. Il considère donc que la convention négociée avec Moderne est devenue caduque à l’expiration de son contrat et n’a pu être transférée aux nouveaux entrepreneurs. De plus, la dernière convention signée avec Ivanhoe expirait, selon sa clause 25.01, le 22 mai 1989. Ainsi, au

102

103

the time the operation of the undertaking was again transferred by Ivanhoe to the contractors, on September 1, 1991, that agreement was no longer in force. The Labour Court therefore declined to find that it had to be transferred.

104

In addition, both the *Labour Code* and the original collective agreement signed with Ivanhoe contain provisions that apparently inhibit, rather than facilitate, the determination of the fate of the collective agreement in the case of a temporary transfer of operation of an undertaking. Clause 25.02 of the collective agreement provided that it would remain in force during renewal negotiations, until one of the parties exercised the right to strike or to a lock-out. Section 59 of the *Labour Code* on the other hand is a legal mechanism to safeguard working conditions on the expiration of a collective agreement for a fixed period the length of which was determined, before 1994, by reference to the acquisition of the right to lock out, and since 1994, by reference to the exercise of the right to strike or to a lock-out. However, references to the length of renewal negotiations and to the acquisition or exercise of the right to lock out or to strike may apply only to an employer that is in fact responsible for operating the undertaking at the time the collective agreement expires and that is capable of negotiating a new agreement with the association of employees. Thus, while those provisions may apply to a subcontractor that is responsible for operating the undertaking at the time the collective agreement expires, they are apparently not intended to govern the situation with respect to the party that temporarily contracted out the right to operate its undertaking, and they therefore leave open the question of which collective agreement may or shall apply to it when the transfer expires.

105

Therefore, the dilemma faced by the Labour Court in this case is apparent. On the one hand, transferring the collective agreement signed with Moderne shortly before its contract expired would allow a contractor to impose working conditions on one of its competitors, even where no undertaking has been transferred between them. On the

moment de la nouvelle concession d'entreprise effectuée par Ivanhoe en faveur des entrepreneurs, le 1<sup>er</sup> septembre 1991, cette convention n'était plus en vigueur. Le Tribunal du travail a donc refusé de prononcer son transfert.

Par ailleurs, autant le *Code du travail* que la convention collective d'origine signée avec Ivanhoe contiennent des dispositions qui, au lieu de la faciliter, semblent compliquer la détermination du sort de la convention collective en cas de concession temporaire d'entreprise. La clause 25.02 de la convention prévoyait en effet que celle-ci demeurerait en vigueur durant les négociations relatives à son renouvellement, jusqu'à l'utilisation par l'une des parties du droit de grève ou de lock-out. L'article 59 du *Code du travail*, quant à lui, constitue un mécanisme légal qui assure le maintien des conditions de travail, à l'expiration d'une convention collective, pour une période dont la durée était déterminée, avant 1994, en fonction de l'acquisition du droit de lock-out et, depuis 1994, en fonction de l'exercice du droit à la grève ou au lock-out. Or, des références à la durée des négociations relatives au renouvellement, ainsi qu'à l'acquisition ou à l'exercice du droit au lock-out ou à la grève, ne peuvent viser qu'un employeur qui est effectivement en charge d'exploiter l'entreprise au moment de l'expiration de la convention et qui possède la faculté de négocier une nouvelle convention avec l'association de salariés. Ainsi, bien que ces dispositions puissent s'appliquer au sous-traitant en charge d'exploiter l'entreprise au moment de l'expiration de la convention, elles ne semblent pas conçues pour régir la situation du donneur d'ouvrage qui s'est départi temporairement du droit d'exploiter son entreprise et elles laissent donc entière la question de savoir quelle convention collective peut ou doit s'appliquer chez lui à l'expiration de la concession.

On saisit donc le dilemme auquel faisait face le Tribunal du travail en l'espèce. D'une part, le transfert de la convention collective signée avec Moderne peu avant l'expiration de son contrat permettrait à un entrepreneur d'imposer des conditions de travail à l'un de ses concurrents, sans qu'aucun transfert d'entreprise n'intervienne entre

other hand, transferring the agreement originally signed by Ivanhoe would result in the application of obsolete working conditions set out in an agreement negotiated several years earlier which was supposed to run for only three years. The mechanisms meant to safeguard working conditions could be applied only if the reality of the events that had occurred and of the actual situation in the undertaking were ignored, and would also result in safeguarding obsolete conditions that neither the legislature nor the parties had intended to extend for such a long period. Finally, where there is no collective agreement the employees are left without any protection, not only for their working conditions, but for their employment with the undertaking, and this is a barrier to achieving the purposes of s. 45.

Being aware of the special problems that may be caused by transferring certifications and collective agreements as a result of the alienation or operation by another of an undertaking, the legislature gave the specialized labour law decision-making authorities very broad power to develop appropriate solutions for each case. In addition to giving the labour commissioner exclusive jurisdiction to determine the applicability of s. 45, s. 46 of the *Labour Code* also grants the commissioner the power to “settle any difficulty arising out of the application of that section”. That power, which already existed before the 1990 amendments to s. 46, was described as follows by Gagnon, *supra*, at p. 346:

[TRANSLATION] Section 46 confers almost limitless discretion on labour commissioners and the Labour Court in selecting the solutions to be applied to difficulties arising out of the application of section 45, in order to ensure industrial peace while respecting the employees’ right of association, and within the framework of coherent collective labour relations. That power may extend as far as redefining or cancelling certifications and amending or harmonizing collective agreements, for example by merging and rearranging seniority lists. [Emphasis added.]

In *Distribution Réal Chagnon inc. v. Prud’homme*, J.E. 90-1027, the Quebec Court of Appeal recognized that under s. 46, the labour commissioner had the power to integrate the for-

eux. D’autre part, le transfert de la convention originellement signée par Ivanhoe entraînerait l’application de conditions de travail périmées, contenues dans une entente négociée plusieurs années auparavant et censée ne durer que trois ans. L’application des mécanismes de maintien des conditions de travail, quant à elle, ne serait possible que si la réalité des événements survenus et de la situation effectivement en place dans l’entreprise était ignorée, et conduirait aussi au maintien de conditions périmées que ni le législateur ni les parties n’avaient voulu prolonger pour une durée aussi importante. Finalement, l’absence de convention collective prive les salariés de toute protection non seulement de leurs conditions de travail, mais de leur emploi au sein de l’entreprise, ce qui nuit à la réalisation complète des objets de l’art. 45.

Conscient des difficultés particulières que le transfert d’accréditations et de conventions collectives entraîné par l’aliénation ou la concession d’une entreprise pouvait poser, le législateur a doté les instances spécialisées en droit du travail d’un pouvoir très étendu pour façonner des solutions adaptées à chaque cas. L’article 46 du *Code du travail*, en plus de conférer au commissaire du travail la compétence exclusive de décider de l’applicabilité de l’art. 45, lui donne aussi le pouvoir de « régler toute difficulté découlant de l’application de cet article ». Ce pouvoir, qui existait déjà avant les amendements apportés en 1990 à l’art. 46, est décrit en ces termes par Gagnon, *op. cit.*, p. 346 :

L’article 46 confère une discrétion quasi illimitée aux commissaires du travail et au Tribunal du travail dans le choix des solutions à apporter aux difficultés engendrées par l’application de l’article 45, en vue d’assurer la paix industrielle dans le respect du droit d’association des salariés et dans le cadre de rapports collectifs du travail cohérents. Ce pouvoir peut aller jusqu’à redéfinir les accréditations ou en annuler et à modifier ou harmoniser les conventions collectives, notamment en fusionnant et en réaménageant des listes d’ancienneté. [Je souligne.]

La Cour d’appel du Québec, dans l’arrêt *Distribution Réal Chagnon inc. c. Prud’homme*, J.E. 90-1027, a d’ailleurs reconnu qu’en vertu de l’art. 46, le commissaire du travail avait le pouvoir d’inté-

mer employees of the transferred undertaking into the seniority list maintained by the new employer. In *Syndicat des employés de coopératives d'assurance-vie v. Les Coopérants*, [1991] R.J.Q. 1248, the Court of Appeal also held that under s. 46, the Labour Court could merge bargaining units and amend the certifications accordingly. In that case, however, the Labour Court's decision had to be evoked because that issue was not before it, no appeal from the commissioner's decision having been filed in that regard.

grer des anciens salariés de l'entreprise cédée à la liste d'ancienneté tenue chez le nouvel employeur. Dans l'arrêt *Syndicat des employés de coopératives d'assurance-vie c. Les Coopérants*, [1991] R.J.Q. 1248, la Cour d'appel a aussi jugé qu'en vertu de l'art. 46, le Tribunal du travail pouvait fusionner des unités de négociation et modifier les accréditations en conséquence. Cependant, dans cette affaire, la décision du tribunal a dû être évoquée parce qu'il n'était pas saisi de cette question, aucun appel de la décision du commissaire n'ayant été logé à ce sujet.

108

For a number of years, the Labour Court has used the powers conferred on it by s. 46 to settle the difficulties arising out of the application of s. 45 in a realistic and appropriate manner. For example, a collective agreement was amended to recognize the years of service of an employee of a non-unionized undertaking that had merged with a unionized undertaking, so that the employee could apply, under the agreement, for the job he had already held for 20 years (*Emballages industriels Vulcan ltée v. Syndicat des travailleurs de l'énergie et de la chimie, section locale 106*, [1991] T.T. 29). Seniority lists under multiple collective agreements have also been integrated by applying methods adapted to each specific fact situation (see *Syndicat des salariées et salariés cléricaux et techniques de l'amiante v. LAB, société en commandite*, D.T.E. 94T-13 (L.C.), motion for evocation dismissed, Sup. Ct. Quebec, No. 200-05-003286-932, February 23, 1994; *Groupe des ex-salariés de Transbéton v. Groupe des ex-salariés de Transmix*, [1999] R.J.D.T. 513 (L.C.); *Syndicat des travailleurs de S.O.S. v. Syndicat international des travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 502*, [1992] T.T. 109), and tests have been developed to determine which employees would keep their jobs in the new undertaking resulting from the merger of several establishments (*Union internationale des travailleurs unis de l'alimentation et du commerce, section locale 301 W v. Brasserie Molson-O'Keefe*, D.T.E. 91T-914 (L.C.)).

Depuis plusieurs années, le Tribunal du travail utilise les pouvoirs que lui confère l'art. 46 pour régler de façon réaliste et appropriée les difficultés qui résultent de l'application de l'art. 45. Ainsi, une convention collective a été modifiée pour que les années de service d'un salarié provenant d'une entreprise non syndiquée, fusionnée avec une entreprise syndiquée, puissent être reconnues, ce qui permettait à ce salarié de postuler conformément à la convention pour l'emploi qu'il occupait déjà depuis 20 ans (*Emballages industriels Vulcan ltée c. Syndicat des travailleurs de l'énergie et de la chimie, section locale 106*, [1991] T.T. 29). Des listes d'ancienneté provenant de conventions collectives multiples ont aussi été intégrées selon des méthodes adaptées à chaque cas d'espèce (voir *Syndicat des salariées et salariés cléricaux et techniques de l'amiante c. LAB, société en commandite*, D.T.E. 94T-13 (T.T.), requête en évocation rejetée, C.S. Québec, n° 200-05-003286-932, 23 février 1994; *Groupe des ex-salariés de Transbéton c. Groupe des ex-salariés de Transmix*, [1999] R.J.D.T. 513 (T.T.); *Syndicat des travailleurs de S.O.S. c. Syndicat international des travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 502*, [1992] T.T. 109) et des critères permettant de déterminer quels salariés conserveraient leur emploi dans la nouvelle entreprise née de la fusion de plusieurs établissements ont été élaborés (*Union internationale des travailleurs unis de l'alimentation et du commerce, section locale 301 W c. Brasserie Molson-O'Keefe*, D.T.E. 91T-914 (T.T.)).



The labour commissioners and the Labour Court have also had to decide, in cases where more than one collective agreement was applicable, which ones should be continued or cancelled (*Syndicat national des employés de l'alimentation en gros de Québec inc. v. Épiciers unis Métro-Richelieu inc.*, D.T.E. 85T-114 (L.C.); *Syndicat des employées et employés professionnels et de bureau, section locale 57 v. Centre financier aux entreprises du Sud-Ouest de Montréal*, D.T.E. 2000T-113 (L.C.)). In addition, both the Superior Court (*Metro Capital Group ltée v. Hamelin*, [2000] R.J.D.T. 491, at pp. 495-96, on appeal, C.A. Montréal, No. 500-09-009625-005) and the Tribunal d'arbitrage (*Syndicat national des employés de l'alimentation en gros de Québec inc. v. Épiciers unis Métro-Richelieu inc.*, [1987] T.A. 333, at pp. 338-39) have recognized the exclusive jurisdiction of the commissioner to amend collective agreements in order to settle difficulties arising out of the application of s. 45.

Furthermore, the Labour Court has frequently had to merge a number of certifications under s. 46, whether or not they were held by different unions. In such cases, the Labour Court had to choose which certification would be preserved or specify the terms and conditions for a vote to enable the employees in question to express their wishes in that regard (see *Syndicat des employés de la Commission scolaire des Deux-Rives v. Commission scolaire de la Jonquière*, [1990] T.T. 419; *Syndicat des professionnels et des techniciens de la santé du Québec v. Syndicat des employés du C.L.S.C. de la Guadeloupe*, D.T.E. 86T-759 (L.C.); *Syndicat des employés du Carrefour des jeunes de Montréal v. Union des employés de service, section locale 298*, [1990] T.T. 398; *Centrale des unions indépendantes de l'industrie de l'automobile v. Fraternité canadienne des cheminots, employés du transport et autres ouvriers, section locale 300*, [1982] T.T. 340; *Rothmans, Benson & Hedges inc. v. Travailleurs unis de l'alimentation et du commerce, section locale 501*, D.T.E. 87T-976 (L.C.); *Syndicat québécois des employées et employés de service, section locale*

Les commissaires et le Tribunal du travail ont aussi été appelés à choisir, dans des cas où plusieurs conventions collectives étaient applicables, lesquelles devraient être maintenues ou annulées (*Syndicat national des employés de l'alimentation en gros de Québec inc. c. Épiciers unis Métro-Richelieu inc.*, D.T.E. 85T-114 (T.T.); *Syndicat des employées et employés professionnels et de bureau, section locale 57 c. Centre financier aux entreprises du Sud-Ouest de Montréal*, D.T.E. 2000T-113 (T.T.)). De plus, tant la Cour supérieure (*Metro Capital Group ltée c. Hamelin*, [2000] R.J.D.T. 491, p. 495-496, en appel, C.A. Montréal, n° 500-09-009625-005) que le Tribunal d'arbitrage (*Syndicat national des employés de l'alimentation en gros de Québec inc. c. Épiciers unis Métro-Richelieu inc.*, [1987] T.A. 333, p. 338-339) ont reconnu la compétence exclusive du commissaire de modifier des conventions collectives pour régler des difficultés résultant de l'application de l'art. 45.

Par ailleurs, le Tribunal du travail a souvent dû prononcer, en vertu de l'art. 46, la fusion de plusieurs accréditations, qu'elles soient ou non détenues par des syndicats différents. En pareils cas, le tribunal a été appelé à choisir l'accréditation à conserver ou à prévoir les modalités d'un vote permettant aux salariés visés d'exprimer leur volonté à cet égard (voir *Syndicat des employés de la Commission scolaire des Deux-Rives c. Commission scolaire de la Jonquière*, [1990] T.T. 419; *Syndicat des professionnels et des techniciens de la santé du Québec c. Syndicat des employés du C.L.S.C. de la Guadeloupe*, D.T.E. 86T-759 (T.T.); *Syndicat des employés du Carrefour des jeunes de Montréal c. Union des employés de service, section locale 298*, [1990] T.T. 398; *Centrale des unions indépendantes de l'industrie de l'automobile c. Fraternité canadienne des cheminots, employés du transport et autres ouvriers, section locale 300*, [1982] T.T. 340; *Rothmans, Benson & Hedges inc. c. Travailleurs unis de l'alimentation et du commerce, section locale 501*, D.T.E. 87T-976 (T.T.); *Syndicat québécois des employées et employés de service, section locale 298 c. Syndicat des employées et*

298 v. *Syndicat des employées et employés des services sociaux du Centre jeunesse Laval*, [2001] R.J.D.T. 134.

*employés des services sociaux du Centre jeunesse Laval*, [2001] R.J.D.T. 134.

111 As these examples illustrate, the need to amend or to refuse to transfer collective agreements has arisen in various contexts, for example when the new employer was already bound by a collective agreement and a seniority list; that need does not arise solely as a result of the application of the theory of retrocession, which is only one of the situations in which it may be necessary to exercise the discretion conferred by s. 46. As a result and with respect, I am unable to concur in the opinion of my colleague Bastarache J., at para. 159, that the decision of the specialized decision-makers refusing to transfer the collective agreements in this case demonstrates that the retrocession argument is tenuous or that this is not in fact a “true” successorship situation.

Comme le démontrent ces exemples, la nécessité de modifier des conventions collectives ou de refuser leur transfert s’est présentée dans divers contextes, entre autres lorsque l’employeur acquéreur était déjà lié par une convention collective et une liste d’ancienneté, et cette nécessité n’est pas uniquement le résultat de l’application de la théorie de la rétrocession, qui ne constitue qu’une situation parmi d’autres pouvant exiger l’exercice du pouvoir discrétionnaire conféré par l’art. 46. En ce sens, je ne peux, avec respect, souscrire à l’opinion que le juge Bastarache émet au par. 159, selon laquelle la décision des instances spécialisées de refuser le transfert des conventions collectives en l’espèce démontrerait le caractère artificiel de la théorie de la rétrocession ou l’absence de concession véritable d’entreprise dans la présente affaire.

112 Thus, in a situation like the one in this case, where there are multiple collective agreements, including one signed with a subcontractor and another which had probably expired, that might govern the labour relations within the undertaking and where, on the other hand, there are employees who might lose any union protection if no agreement, even an amended one, were to apply to them, the labour commissioner may choose from a range of solutions, and may also create solutions, in order to settle the complex difficulties that arise in the manner the commissioner considers most appropriate in the circumstances.

Ainsi, face à une situation comme celle de l’espèce où des conventions multiples, dont l’une a été signée avec un sous-traitant et une autre est vraisemblablement expirée, pourraient régir les rapports de travail au sein de l’entreprise et où par contre des salariés risquent de perdre toute protection syndicale si aucune convention, même modifiée, ne leur est applicable, le commissaire du travail peut choisir parmi une gamme de solutions, qu’il peut aussi lui-même créer, pour régler de la façon qu’il considère la plus appropriée dans les circonstances les difficultés complexes qui se présentent.

113 For example, the collective agreement signed with Moderne could have been transferred to the new employers with a new expiry date established as the date of the transfer, so that the jobs and working conditions could have been safeguarded for the bargaining period only. Similarly, the expiry date of the agreement signed with Ivanhoe could have been amended to safeguard the jobs during the negotiations for the purpose of concluding a new agreement. Had he considered it appropriate, the commissioner could also have made a ruling providing for the transfer of only the part of either of the collective agreements relating to job

Par exemple, la convention signée avec Moderne aurait pu être transférée aux nouveaux employeurs avec une nouvelle date d’expiration fixée au jour du transfert, pour permettre le maintien des emplois et des conditions de travail uniquement pour la période de négociations. De même, la date d’expiration de la convention signée avec Ivanhoe aurait pu être modifiée pour assurer le maintien des emplois pendant les négociations menant à la conclusion d’une nouvelle convention. S’il l’avait jugé approprié, le commissaire aurait aussi pu ne prononcer le transfert que de la partie de l’une ou l’autre convention portant sur la sécu-

security for a limited period, so that the parties could agree on a new collective agreement while the employees could not have been dismissed with impunity. Lastly, it was also possible to decide as the commissioner did in this case, that none of the agreements would be transferred. That solution could also have been adopted in *Sept-Îles, supra*, where concerns were raised relating to the application of municipal collective agreements to subcontractors.

In any event, the appropriate solution is a matter to be decided by the specialized tribunals, on which the legislature has conferred broad discretion to settle difficulties arising out of the application of s. 45. Determining what arrangements will best preserve balance in collective labour relations is within the special expertise of those decision-making bodies. As LeBel J.A. said in the judgment *a quo* (at p. 75):

[TRANSLATION] The union then submits that the labour commissioner and the Labour Court had no judicial discretion and had authority only to record the transfer of the certification and of the collective agreement. That position overlooks the nature of the collective agreement as an act of the transferee. It may also underestimate the impact of the 1990 amendments, which extended the powers of the labour commissioner to rule on both the applicability and the application of section 45 L.C., and to prescribe the measures that may seem appropriate to prevent consequences that might appear incompatible with proper arrangements for collective labour relations in situations where the operation of an undertaking is transferred. [Emphasis added.]

In the case at bar, the decision of the labour commissioner and of the Labour Court is not patently unreasonable. It allows the new employers, which are bound by the certification, to enter into negotiations with the association of employees without being bound by an agreement signed by one of their competitors, or by an agreement that has become obsolete. The solution adopted undoubtedly had its disadvantages, the most important of which was the layoff of the 80 full-time and 30 part-time janitorial employees who

rité d'emploi, pour une période limitée permettant aux parties de s'entendre sur une nouvelle convention sans que les salariés puissent être congédiés impunément. Finalement, il était aussi possible de décider, comme l'a fait le commissaire en l'espèce, qu'aucune des conventions ne serait transférée. Cette dernière solution aurait d'ailleurs aussi pu être retenue dans l'affaire *Sept-Îles*, précitée, où des préoccupations relatives à l'application des conventions collectives municipales à des sous-traitants avaient été soulevées.

Dans tous les cas, il revient aux tribunaux spécialisés, à qui le législateur a conféré le large pouvoir discrétionnaire de régler les difficultés découlant de l'application de l'art. 45, de choisir la solution appropriée. La détermination des aménagements qui permettront le mieux de maintenir l'équilibre dans les rapports collectifs de travail relève de l'expertise particulière de ces instances. Comme l'indique le juge LeBel, à la p. 75 de la décision dont appel :

Le syndicat plaide alors que le commissaire et le Tribunal du travail ne possédaient aucune discrétion judiciaire et ne détenaient que le pouvoir de constater la transmission de l'accréditation et de la convention collective. Cette position néglige le caractère de la convention collective comme acte du concessionnaire. Elle sous-estime aussi, peut-être, l'impact des amendements de 1990, qui élargissent les pouvoirs du commissaire du travail pour statuer à la fois sur l'applicabilité et l'application de l'article 45 C.tr. et pour prescrire les mesures qui peuvent apparaître opportunes, afin de prévenir des conséquences qui pourraient apparaître incompatibles avec un aménagement correct des rapports collectifs de travail dans ces situations de concession d'entreprise. [Je souligne.]

En l'espèce, la décision du commissaire et du Tribunal du travail n'est pas manifestement déraisonnable. Elle permet aux nouveaux employeurs, liés par l'accréditation, d'entamer des négociations avec l'association de salariés sans être liés par une convention signée par un de leurs concurrents ou par une convention devenue périmée. La solution retenue comporte certes des désavantages, dont le plus important s'est traduit par la mise à pied des 80 salariés réguliers et des 30 salariés à temps partiel qui étaient affectés à l'entretien des édifices

114

115

had been working in Ivanhoe's buildings, but it still cannot be said that the Labour Court did not have the necessary jurisdiction to decline to rule that an agreement had to be transferred, with or without amendment.

- 116 The fact that there are other solutions that the commissioner could have adopted in this case, some of which would have enabled the employees to keep their jobs, is insufficient to justify judicial review. On the contrary, the recognition by the legislature and the courts that there are many potential solutions to a dispute is the very essence of the patent unreasonableness standard of review, which would be meaningless if it was found that there is only one acceptable solution. As L'Heureux-Dubé J., for this Court, wrote in *Domtar, supra*, at p. 771:

An initial conclusion that, for purposes of judicial review, the legislature admits several possible and rational constructions of the same legislative provision thus becomes of primary importance. This conclusion, while constituting the necessary starting-point of a discussion of the powers of supervision and control of courts of law, is ultimately the guiding principle for analyzing the appropriateness of judicial review. [Emphasis added.]

- 117 The Quebec legislature has chosen to give the responsibility for settling difficulties arising out of the application of s. 45 of the *Labour Code* to labour commissioners and the Labour Court. Those authorities must settle these issues, which are central to their specialized jurisdiction, on a daily basis. Since the principles that are applied do not result in absurdity, judicial review will be appropriate only where the results are clearly irrational. In this case, both the Superior Court and the Court of Appeal properly declined to intervene to alter the solution adopted by the labour commissioner and the Labour Court.

#### D. *The Petition for Cancellation of Certification*

- 118 Following the transfer to the four new contractors of the operation of the part of its undertaking that involved janitorial services, Ivanhoe sought the cancellation of the certification that applied to

d'Ivanhoe, mais l'on ne peut pour autant affirmer que le Tribunal du travail n'avait pas le pouvoir de refuser de prononcer le transfert, avec ou sans modification, d'une convention.

Le fait qu'il existe d'autres solutions que le commissaire aurait pu adopter en l'espèce, dont certaines auraient permis aux salariés de conserver leur emploi, ne saurait suffire pour justifier la révision judiciaire. Au contraire, la reconnaissance par le législateur et les tribunaux de la multiplicité de solutions qui peuvent être apportées à un différend constitue l'essence même de la norme de contrôle du manifestement déraisonnable, qui perdrait tout son sens si l'on devait juger qu'une seule solution est acceptable. Comme l'écrivait le juge L'Heureux-Dubé, au nom de notre Cour, dans l'affaire *Domtar*, précitée, p. 771 :

Une conclusion initiale à l'effet que le législateur admet, aux fins du contrôle judiciaire, plusieurs lectures possibles et rationnelles d'une même disposition législative devient, par là, capitale. Tout en constituant le point de départ nécessaire d'un débat portant sur le pouvoir de contrôle et de surveillance des cours de justice, ce constat représente le fil directeur à l'aide duquel l'opportunité d'un contrôle judiciaire doit, en définitive, être analysée. [Je souligne.]

Le législateur québécois a choisi de confier le règlement des difficultés résultant de l'application de l'art. 45 du *Code du travail* aux commissaires et au Tribunal du travail. Il s'agit de questions que ces instances doivent solutionner sur une base quotidienne et qui se situent au cœur de leur compétence spécialisée. Étant donné que les principes appliqués ne créent pas d'absurdité, la révision judiciaire ne sera appropriée qu'en cas de résultats clairement irrationnels. En l'espèce, la Cour supérieure et la Cour d'appel ont eu raison de ne pas intervenir pour modifier la solution retenue par le commissaire et le Tribunal du travail.

#### D. *La requête en révocation d'accréditation*

À la suite de la concession aux quatre nouveaux entrepreneurs de la partie de son entreprise consacrée à l'entretien ménager, Ivanhoe a cherché à obtenir la révocation de l'accréditation qui la

it. At the time that petition was made, the first two paragraphs of s. 41 of the *Labour Code*, which permits the cancellation of a certification in certain circumstances, read as follows :

**41.** A labour commissioner may, at the time fixed in paragraph *c* or *d* of section 22 or, if such is the case, in section 111.3, cancel the certification of an association that

(a) has ceased to exist, or

(b) no longer comprises the absolute majority of the employees of the bargaining unit for which it was certified.

Notwithstanding the third paragraph of section 32, an employer may, within the delay provided for in the preceding paragraph, request the labour commissioner to examine whether the association still exists or whether it still represents the absolute majority of the employees belonging to the bargaining unit for which it was certified.

Since it had had no employees for several years at that point, Ivanhoe argued that the association could no longer have represented the majority of the employees in the bargaining unit. However, the Labour Court took the view that a party that has contracted out the operation of its undertaking on a temporary basis cannot have the certification that applied to it cancelled during the period covered by the transfer of operation. Otherwise, the petition for cancellation of certification would allow the application of s. 45 to successive transfers of the undertaking to be avoided, since when the transfer expired, the party which had contracted out the work would no longer be subject to a certification that might benefit its employees if it took back the operation of its undertaking, or that might be transferred to another employer if it opted to transfer the operation of the undertaking afresh.

In *Entreprises Rolland Bergeron inc. v. Geoffroy*, [1987] R.J.Q. 2331, the Quebec Court of Appeal held that it was unreasonable to rule that an employer did not have a sufficient interest to present a petition for cancellation of certification on the sole ground that it no longer had any employees and accordingly was no longer an employer within the meaning of the *Labour Code*. The fact

visait. Au moment où cette requête a été présentée, les deux premiers alinéas de l'art. 41 du *Code du travail*, qui permet de révoquer une accréditation dans certaines circonstances, se lisaient comme suit :

**41.** Un commissaire du travail peut, au temps fixé au paragraphe *c* ou *d* de l'article 22, et le cas échéant à l'article 111.3, révoquer l'accréditation d'une association qui :

a) a cessé d'exister, ou

b) ne groupe plus la majorité absolue des salariés qui font partie de l'unité de négociation pour laquelle elle a été accréditée.

Malgré le troisième alinéa de l'article 32, un employeur peut, dans le délai prévu à l'alinéa précédent, demander au commissaire du travail de vérifier si l'association existe encore ou si elle représente encore la majorité absolue des salariés qui font partie de l'unité de négociation pour laquelle elle a été accréditée.

N'employant plus de salariés depuis plusieurs années déjà, Ivanhoe prétend que l'association ne pouvait plus représenter la majorité des salariés membres de l'unité de négociation. Le Tribunal du travail a plutôt considéré qu'un donneur d'ouvrage ayant concédé son entreprise sur une base temporaire ne peut obtenir la révocation de l'accréditation le visant pendant la durée de la concession. Autrement, la requête en révocation d'accréditation permettrait de contourner l'application de l'art. 45 aux concessions successives d'entreprise, puisque le donneur d'ouvrage ne serait plus visé, à l'expiration de la concession, par une accréditation pouvant bénéficier à ses salariés s'il reprenait l'exploitation de son entreprise ou pouvant être transférée à un autre employeur s'il optait pour une nouvelle concession d'entreprise.

Dans l'arrêt *Entreprises Rolland Bergeron inc. c. Geoffroy*, [1987] R.J.Q. 2331, la Cour d'appel du Québec a jugé qu'il était déraisonnable de nier à un employeur l'intérêt requis pour présenter une requête en révocation d'accréditation au seul motif qu'il n'avait plus de salariés et ne serait plus, en conséquence, un employeur au sens du *Code du travail*. Le fait que le nom de l'employeur appa-

119

120

that the employer's name appears on the certificate of certification, as Ivanhoe's does in this case, is therefore sufficient to allow it to present a petition for cancellation. Judge Prud'homme accepted that principle in the instant case, at pp. 603-4, and expressly recognized that Ivanhoe was entitled to submit its petition despite the fact that it had no employees. However, the mere declaration that a party has the necessary interest to present a petition does not mean that the petition must be granted on the merits. Although the Court of Appeal has clearly held that having no employees cannot disentitle an employer from presenting a petition, it has never said that it must necessarily result in cancellation of the certification.

121 *Bergeron, supra*, involved a preliminary objection, which the commissioner allowed, asserting that because the employer had no employees it was not entitled to present its petition for cancellation and to be heard. The most that can be said about that decision is that it establishes that having no employees cannot alone provide grounds for denying a petition for cancellation. In this case, Judge Prud'homme stated, at p. 606, that it would be impossible to grant Ivanhoe's petition for cancellation, since given that there were no employees, it was impossible to count them in order to determine whether the union still represented a majority of the employees in the bargaining unit. That approach appears to conflict with the principles laid down in *Bergeron*, since it would allow petitions to be denied solely on the basis that there were no employees. However, Judge Prud'homme also based his decision on the fact that the reason there were no employees in this case was that the operation of the undertaking had been temporarily transferred, and he was therefore able to conclude, at pp. 605-6, that it is preferable to ascertain the representativeness of the association of employees in respect of the employer that is actually operating the undertaking and not to allow the party that has contracted out the work to rid itself of a certification permanently by transferring the operation of its undertaking temporarily. In my opinion, that principle does not conflict with the decisions of the Court of Appeal.

raisse au certificat d'accréditation, comme c'est le cas pour Ivanhoe en l'espèce, est donc suffisant pour lui permettre de présenter une requête en révocation. Le juge Prud'homme, dans la présente cause, a d'ailleurs accepté ce principe, aux p. 603-604, reconnaissant explicitement qu'Ivanhoe avait le droit de soumettre sa requête malgré l'absence de salariés. Cependant, le simple fait de déclarer qu'une partie possède l'intérêt requis pour présenter une requête ne signifie pas que cette demande doit être accordée sur le fond. Si la Cour d'appel a clairement déclaré que l'absence de salariés ne peut priver un employeur du droit de présenter une requête, elle n'a jamais affirmé qu'elle devait nécessairement entraîner la révocation de l'accréditation.

L'affaire *Bergeron*, précitée, portait sur une objection préliminaire, accueillie par le commissaire, alléguant que l'absence de salariés empêchait l'employeur de présenter une requête en révocation et d'être entendu. Au plus peut-on affirmer, à la suite de cette décision, que l'absence de salariés ne pourra constituer le seul motif de rejet d'une requête en révocation. Dans la présente affaire, le juge Prud'homme affirme, à la p. 606, qu'il serait impossible d'accorder la requête en révocation d'Ivanhoe puisqu'en l'absence de salariés, il n'est pas possible de les compter pour déterminer si le syndicat représente toujours la majorité des salariés de l'unité de négociation. Cette approche semble aller à l'encontre des principes élaborés dans l'affaire *Bergeron*, puisqu'elle ferait reposer le rejet de la requête uniquement sur l'absence de salariés. Cependant, le juge Prud'homme fonde aussi sa décision sur le fait que l'absence de salariés, en l'espèce, résulte de la concession temporaire de l'entreprise, ce qui lui permet de conclure, aux p. 605-606, qu'il est préférable de vérifier le caractère représentatif de l'association de salariés auprès de l'employeur qui exploite effectivement l'entreprise et d'éviter de permettre à un donneur d'ouvrage de se débarrasser d'une accréditation de façon permanente en concédant l'exploitation de son entreprise sur une base temporaire. À mon avis, un tel principe ne va pas à l'encontre de la jurisprudence de la Cour d'appel.

In the case at bar, the situation with which the commissioner and the Labour Court were faced was quite different from the situation in *Bergeron, supra*. In that case, two undertakings had been transferred to the petitioning employer, which had also simultaneously inherited the certifications. One year later, it presented a petition for cancellation stating that the associations did not represent the majority of its employees, since it had no employees. It was in that context that the Court of Appeal concluded that the fact that an employer had no employees could not prevent it from presenting its petition. Thus, in *Bergeron*, the fact that the employer had no employees did not result from a transfer of the operation of its undertaking by that employer. On the contrary, it was the transferee in charge of operating the undertaking at the time the petition was presented which no longer had any employees and was seeking cancellation of the certifications that applied to it.

In addition, contrary to what Bastarache J. states at paras. 178-79, I do not believe that recognizing that Ivanhoe has the necessary interest to present a petition for cancellation means that Ivanhoe is being regarded as a present employer. On the contrary, the Court of Appeal clearly held, in *Bergeron, supra*, at p. 2334, that the mere fact that an employer's name appears on the certificate of certification is sufficient in itself to give the employer the interest that is needed for seeking cancellation. In fact, in *Bergeron*, the petitioning employer could not, on the facts, have been considered to be a present employer at the time when it presented its petition, because it no longer had any employees and there was nothing to suggest that this situation might be temporary. What the Court of Appeal in fact decided, rightly, in my opinion, was that whether an employer is a former employer or a present employer, it may request cancellation of a certification if its name appears on the certificate. It will then be up to the Labour Court to determine whether cancellation should be granted, having regard, *inter alia*, to the reasons why a former employer no longer has any employees. Accordingly, because recognizing that an employer has the necessary interest to present a petition for cancellation does not amount to finding that it is a pre-

En l'espèce, le commissaire et le tribunal faisaient face à une situation bien différente de celle qui s'était présentée dans l'affaire *Bergeron*, précitée. Dans cette affaire, deux entreprises avaient été transférées à l'employeur requérant, qui avait hérité par la même occasion des accréditations. Un an plus tard, il présentait une requête en révocation indiquant que les associations ne représentaient pas la majorité de ses salariés, puisqu'il n'en employait aucun. C'est dans ce contexte que la Cour d'appel a conclu que l'absence de salariés ne pouvait empêcher l'employeur de présenter sa requête. Ainsi, dans l'affaire *Bergeron*, l'absence de salariés ne résultait pas d'une concession par un donneur d'ouvrage de son entreprise. Au contraire, c'était le concessionnaire chargé d'exploiter l'entreprise au moment de la requête qui n'avait plus de salariés et cherchait à obtenir la révocation des accréditations le visant.

De plus, contrairement à ce qu'affirme le juge Bastarache aux par. 178-179, je ne pense pas que le fait de reconnaître qu'Ivanhoe possède l'intérêt requis pour présenter une requête en révocation signifie que l'on considère Ivanhoe comme un employeur actuel. Au contraire, la Cour d'appel a clairement indiqué, dans l'affaire *Bergeron*, précitée, p. 2334, que le simple fait que le nom d'un employeur apparaisse au certificat d'accréditation suffit en soi pour lui conférer l'intérêt requis pour demander la révocation. D'ailleurs, dans l'affaire *Bergeron*, l'employeur requérant ne pouvait, dans les faits, être considéré comme un employeur actuel au moment où il a présenté sa requête, puisqu'il n'employait plus de salariés et que rien n'indiquait que cette situation pouvait être temporaire. La Cour d'appel a donc en fait décidé, avec raison à mon avis, qu'un employeur, qu'il soit un ancien employeur ou un employeur actuel, peut demander la révocation d'une accréditation si son nom apparaît au certificat. Il reviendra ensuite au Tribunal du travail de déterminer si la révocation doit être accordée en tenant compte, notamment, des raisons pour lesquelles un ancien employeur n'emploie plus de salariés. Ainsi, puisque le fait de reconnaître qu'un employeur possède l'intérêt requis pour présenter une requête en révocation n'équi-

122

123

sent employer, no inconsistency arises, in my opinion, when the Labour Court, in disposing of the petition on the merits, has regard to the fact that a former employer might take back control of its undertaking in the future.

124 In cases such as this one, where the fact that there are no employees results from a temporary transfer of the operation of the undertaking, the Labour Court has laid down principles for dealing with petitions for cancellation of certification which take into account the situation within the undertaking. Contrary to the position adopted by LeBel J.A. in the judgment *a quo* (at p. 76), the Labour Court is of the view that an employer which no longer has any employees will always have the necessary interest to petition for cancellation of the certification, but that the petition may be denied on the merits where the undertaking is in fact being operated by another employer, in respect of which the certification temporarily applies. In a case of that nature, the court takes the view that the transferee which is in charge of operating the undertaking for the period in question must be the one to present the petition for cancellation of certification (see, for example, *Ville de Brossard, supra*).

125 Since it is reasonable to conclude that an employer cannot rid itself of a certification by arranging for a temporary transfer of the operation of an undertaking, it may be equally appropriate to deny it cancellation of the certification during the period covered by the transfer, on the ground that the fact that it has no employees results precisely from the temporary transfer of the undertaking. Such an approach permits consistent application of ss. 41 and 45 of the *Labour Code* to temporary transfer situations.

126 The Labour Court could also have held that the certification had been genuinely transferred to the subcontractors for the term of the transfer of operation and did not remain with the employer that had contracted out the work, and that the retrocession was in fact a fresh transfer for the purposes of s. 45 to which the parties had agreed in advance, resulting in the certification returning to Ivanhoe

vaut pas à considérer qu'il constitue un employeur actuel, il n'existe aucune contradiction, à mon avis, lorsque le tribunal tient compte, au moment de déterminer le sort de la requête, du fait qu'un ancien employeur puisse reprendre dans l'avenir le contrôle de son entreprise.

Dans les cas où, comme en l'espèce, l'absence de salariés résulte d'une concession temporaire d'entreprise, le Tribunal du travail a élaboré des principes pour disposer des requêtes en révocation d'accréditation qui tiennent compte de la réalité qui a cours dans l'entreprise. Contrairement à la position adoptée par le juge LeBel à la p. 76 de la décision dont appel, le tribunal considère qu'un employeur n'ayant plus de salariés possédera toujours l'intérêt requis pour demander la révocation de l'accréditation, mais que cette requête pourra être rejetée sur le fond lorsque l'entreprise est en fait exploitée par un tiers, chez qui l'accréditation est temporairement en vigueur. En pareil cas, le tribunal juge que le concessionnaire chargé d'exploiter l'entreprise pour la période pertinente doit être celui qui présente la requête en révocation d'accréditation (voir par exemple *Ville de Brossard*, précité).

S'il est raisonnable de conclure qu'un employeur ne saurait se défaire d'une accréditation par le truchement d'une concession temporaire d'entreprise, il peut être tout aussi approprié de lui refuser la révocation de l'accréditation pendant la durée de cette concession, au motif que l'absence de salariés résulte précisément de cette transmission temporaire de l'entreprise. Une telle approche permet une application cohérente des art. 41 et 45 du *Code du travail* aux situations de concession temporaire.

Le Tribunal du travail aurait aussi pu juger que l'accréditation est réellement transférée aux sous-traitants pour la durée de la concession, sans demeurer en suspens chez le donneur d'ouvrage, et que la rétrocession constitue en fait une nouvelle concession au sens de l'art. 45, sur laquelle les parties se sont entendues à l'avance, entraînant le retour de l'accréditation chez Ivanhoe à l'expira-



when the transfer expired. In cases where, as in this case, a certification had originally been issued in respect of the transferor, which therefore had an undertaking for the purposes of s. 45, it is entirely conceivable that the certification could genuinely follow the undertaking and that the retrocession could simply be a transfer of the undertaking that the parties had planned in advance and that resulted in s. 45 applying afresh just as it would apply to any other transfer of an undertaking. In such cases, the Labour Court could decide that it would be appropriate to cancel the certification in respect of the transferor during the term of the transfer, because at the end of that period, that employer would take back the undertaking by way of retrocession and thus acquire the certification originally transferred to its subcontractor. However, it is up to the labour commissioner and the Labour Court to determine the appropriate solution, and the fact that there are alternative solutions cannot in itself justify judicial review.

In this case, it cannot be said that the approach adopted by the labour commissioner and the Labour Court was patently unreasonable or conflicted with the decisions of the Quebec Court of Appeal. The Labour Court, acting within its jurisdiction, has laid down rational tests for determining the employer in respect of which, in the event of a temporary transfer of the operation of an undertaking resulting in the application of s. 45, the representativeness of the union should be verified for the purpose of determining whether the certification should be cancelled. The employer that contracted out the work will be free to seek cancellation if it takes back control of its undertaking; for the term of the transfer, however, the transferee to which the certification actually applies must present the petition if it believes that the association no longer represents the majority of the employees in the bargaining unit.

Furthermore, the commissioner and the Labour Court denied Ivanhoe's petition on the merits, and not because, as the union argued, it was presented outside the relevant time period. Under s. 41, a petition for cancellation may be made "at the time

tion de la concession. Dans les cas où, comme en l'espèce, le donneur d'ouvrage est à l'origine visé par une accréditation et possède donc une entreprise aux fins de l'art. 45, il est tout à fait possible de concevoir que l'accréditation suit réellement l'entreprise et que la rétrocession constitue simplement une concession d'entreprise que les parties ont prévue à l'avance et qui entraîne une nouvelle application de l'art. 45, au même titre que toute concession d'entreprise. En pareils cas, le Tribunal du travail pourrait juger approprié de révoquer l'accréditation qui vise le donneur d'ouvrage pendant la durée de la concession, puisqu'à son expiration, il reprendra l'entreprise par le biais de la rétrocession, et recevra ainsi l'accréditation qui vise son sous-traitant. Cependant, il revient au commissaire et au Tribunal du travail de décider de la solution appropriée et l'existence d'autres solutions ne saurait en soi justifier la révision judiciaire.

En l'espèce, on ne saurait affirmer que l'approche adoptée par le commissaire et le Tribunal du travail est manifestement déraisonnable ou contraire à la jurisprudence de la Cour d'appel du Québec. Le Tribunal du travail, agissant dans les limites de sa compétence, a élaboré des critères rationnels permettant de déterminer auprès de quel employeur, en cas de concession temporaire d'entreprise entraînant l'application de l'art. 45, doit se faire la vérification du caractère représentatif du syndicat pour déterminer si l'accréditation doit être révoquée. Le donneur d'ouvrage demeure libre de demander la révocation s'il reprend le contrôle de son entreprise, mais pour la durée de la concession, c'est plutôt le concessionnaire, effectivement visé par l'accréditation, qui doit présenter la requête s'il juge que l'association ne représente plus la majorité des salariés de l'unité de négociation.

Par ailleurs, le commissaire et le tribunal ont rejeté la requête d'Ivanhoe sur le fond, et non parce qu'elle aurait été, comme le prétend le syndicat, présentée hors délai. En vertu de l'art. 41, la requête en révocation peut être présentée « au

127

128

fixed in paragraph *c* or *d* of section 22". In 1992, these paragraphs provided:

**22.** Certification may be applied for

. . . .

(*c*) after six months from the expiration of the delays provided in section 58, in the case of a group of employees for whom a collective agreement has not been made or for whom a dispute has not been submitted for arbitration or is not the object of a strike or lock-out permitted by this code;

(*d*) from the ninetieth to the sixtieth day prior to the date of expiration of a collective agreement or of its renewal or the expiration of an arbitration decision availing in lieu thereof.

Section 58 provided:

**58.** The right to strike or to a lock-out shall be acquired 90 days after reception by the Minister of a copy of the notice sent to him in accordance with section 52.1 or that he is deemed to have received in accordance with section 52.2, unless a collective agreement has been reached between the parties or unless, by mutual consent, they decide to submit their dispute to an arbitrator.

Under s. 52.2, the Minister was deemed to have received a copy of the notice in question on the day of the expiration of the collective agreement. It is apparent from these provisions, taken together, that a petition for cancellation may be made nine months or more after the expiration of a collective agreement, provided that the parties have not made a new collective agreement.

129

Once again, the transfers of operation of the undertaking that occurred in this case have the effect of modifying what would be the usual situation, since the agreement that the time period must be calculated under must first be determined in order to decide whether the petition for cancellation could have been presented by Ivanhoe on January 14, 1992. The last collective agreement signed with Moderne on August 29, 1991, was to expire on May 22, 1994. If that agreement were to be the basis for calculating the waiting period, the petition clearly could not have been made in January 1992, since the collective agreement was still in force. However, as we know, the labour commissioner and the Labour Court held that this col-

temps fixé au paragraphe *c* ou *d* de l'article 22 ». En 1992, ces paragraphes indiquaient :

**22.** L'accréditation peut être demandée

. . . .

*c*) après six mois de l'expiration des délais prévus à l'article 58, à l'égard d'un groupe de salariés pour lesquels une convention collective n'a pas été conclue, ou pour lesquels un différend n'a pas été soumis à l'arbitrage ou ne fait pas l'objet d'une grève ou d'un lock-out permis par le présent code;

*d*) du quatre-vingt-dixième au soixantième jour précédant la date d'expiration d'une convention collective ou de son renouvellement ou l'expiration d'une sentence arbitrale en tenant lieu.

L'article 58 stipulait :

**58.** Le droit à la grève ou au lock-out est acquis 90 jours après la réception par le ministre de la copie de l'avis qui lui a été transmise suivant l'article 52.1 ou qu'il est réputé avoir reçue suivant l'article 52.2, à moins qu'une convention collective ne soit intervenue entre les parties ou à moins que celles-ci ne décident d'un commun accord de soumettre leur différend à un arbitre.

En vertu de l'art. 52.2, le ministre était réputé avoir reçu copie de l'avis pertinent le jour de l'expiration de la convention collective. Il ressort de l'ensemble de ces dispositions qu'une requête en révocation peut être présentée lorsque que neuf mois ou plus se sont écoulés depuis l'expiration d'une convention collective et qu'une nouvelle convention n'est pas intervenue entre les parties.

Encore une fois, les concessions d'entreprise intervenues en l'espèce viennent modifier la situation habituelle, puisqu'il faut tout d'abord vérifier en vertu de quelle convention les délais doivent être calculés pour déterminer si la requête en révocation pouvait être présentée par Ivanhoe le 14 janvier 1992. La dernière convention collective signée avec Moderne le 29 août 1991 devait expirer le 22 mai 1994. Si cette convention devait fonder le calcul des délais, il est clair que la requête ne pouvait être présentée en janvier 1992, puisque la convention demeurait en vigueur. Cependant, comme on le sait, le commissaire et le tribunal ont déclaré cette convention caduque au jour de l'expiration du contrat de Moderne, le 31 août 1991. Si cette

lective agreement had lapsed on the date when Moderne's contract expired, on August 31, 1991. If that date were to be used as the expiry date of the last collective agreement, the petition would still not have been made within the prescribed time period, since only four months would have passed. As well, if the calculation were instead based on the collective agreement signed by Moderne on May 22, 1989, and effective until May 22, 1991, it would then have been necessary to wait until at least February 22, 1992, in order to present the petition. On the other hand, if only the last collective agreement signed by Ivanhoe were to be regarded as relevant in calculating the time period, the petition would have been properly made, since that agreement expired on May 22, 1989, more than two years earlier.

In this case, the commissioner rejected the union's argument on the question of failure to comply with the time period prescribed. He therefore implicitly accepted Ivanhoe's position that the calculation of the time period must be based on the last collective agreement that applied to it rather than on the agreements that its transferees might have made. In so doing, the commissioner and subsequently the Labour Court made a decision that was entirely within their jurisdiction to make. Their approach was also consistent with the principles laid down by the Labour Court, which provide that collective agreements negotiated by subcontractors cannot be binding on the party that contracted out the work. That approach might also enable an employer that had permanently alienated its undertaking to have the certification that applied to it cancelled without taking into account the acts that its transferee could have signed, if the commissioner considered it appropriate. However, although Ivanhoe presented its petition at the proper time, the commissioner had the authority to deny it on the merits because the certification was in effect in respect of another employer, Ivanhoe's transferee, on a temporary basis.

Hence, with respect to both the cancellation of the certification and the application of s. 45, the Labour Court has laid down principles that allow for the reasonable application of the *Labour Code*

date devait être retenue comme l'expiration de la dernière convention, la requête ne serait pas non plus présentée dans les délais prescrits, puisque seulement quatre mois se seraient écoulés. De même, si l'on devait plutôt se fonder sur la convention signée par Moderne le 22 mai 1989, applicable jusqu'au 22 mai 1991, il aurait fallu attendre au moins jusqu'au 22 février 1992 pour présenter la requête. Par contre, si la dernière convention signée par Ivanhoe devait être considérée comme la seule pertinente dans le calcul des délais, la requête serait recevable, puisque la convention avait expiré le 22 mai 1989, soit plus de deux ans auparavant.

En l'espèce, le commissaire a rejeté l'argument du syndicat portant sur le non respect des délais. Il a donc accepté, implicitement, la position d'Ivanhoe selon laquelle le calcul des délais doit se fonder sur la dernière convention la visant et non sur celles que ses concessionnaires ont pu conclure. Ce faisant, le commissaire, puis le Tribunal du travail, prenaient une décision se situant entièrement dans les limites de leur compétence. Leur approche était de plus conforme aux principes élaborés par le tribunal voulant que les conventions collectives négociées par des sous-traitants ne puissent lier le donneur d'ouvrage. Cette approche pourrait aussi permettre à un employeur qui a aliéné son entreprise de façon permanente de voir l'accréditation le visant révoquée sans égard aux actes de son cessionnaire, si le commissaire le jugeait approprié. Cependant, bien qu'Ivanhoe ait présenté sa requête en temps opportun, le commissaire avait le pouvoir de la rejeter sur le fond parce que l'accréditation était en vigueur chez un autre employeur, son concessionnaire, de façon temporaire.

En somme, à propos de la révocation de l'accréditation comme à propos de l'application de l'art. 45, le Tribunal du travail a élaboré des principes qui permettent une application rationnelle du

and do not create absurd results. In the circumstances, the courts should not intervene to vary the conclusions reached by the specialized decision-makers, and the dismissal of the petition for cancellation should be affirmed.

#### VI. Disposition

132 For these reasons, I would dismiss the appeals with costs.

The following are the reasons delivered by

133 BASTARACHE J. (dissenting in part) — In *Ajax (Town) v. CAW, Local 222*, [2000] 1 S.C.R. 538, 2000 SCC 23, this Court recently dealt with the topic of successor rights provisions in the province of Ontario. Disagreeing with the majority that on its own a commercial history between successive employers was sufficient to establish the “organizational nexus” required in order to trigger successorship provisions, I found that an application of the successorship provisions in that case was patently unreasonable.

134 *Ajax* marks an important evolution in this Court’s approach to successorship provisions, not least because that case shows that the Court has moved away from its earlier attitude towards such provisions in *Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740*, [1990] 3 S.C.R. 644, and *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048. It may be helpful for me to state the way in which I see the majority opinion in *Ajax* as having changed the law as it was articulated in *Lester* and *Bibeault*.

135 In *Lester*, McLachlin J. (as she then was) stated that “while the existence of related companies may justify a less restrictive approach to the question of whether or not successorship has occurred, the fact remains that corporate interrelationship without some evidence of disposition will not be sufficient to trigger the successorship provisions” (p. 681

*Code du travail* et ne créent pas d’absurdité. Dans ces circonstances, il n’y a pas lieu pour les tribunaux d’intervenir pour modifier les conclusions des instances spécialisées et le rejet de la requête en révocation devrait être maintenu.

#### VI. Conclusion

Pour ces motifs, je rejeterais les appels, avec dépens.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE BASTARACHE (dissident en partie) — Dans l’arrêt *Ajax (Ville) c. TCA, section locale 222*, [2000] 1 R.C.S. 538, 2000 CSC 23, notre Cour examinait récemment la question des dispositions relatives aux droits de succession d’entreprise en Ontario. À la différence des juges majoritaires selon lesquels les antécédents commerciaux entre employeurs successifs suffisent en soi pour établir l’existence du « lien organisationnel » requis pour que les dispositions relatives à la succession d’entreprise s’appliquent, j’ai conclu que l’application de ces dispositions était manifestement déraisonnable dans cette affaire.

L’arrêt *Ajax* marque une évolution importante de l’interprétation par notre Cour des dispositions relatives à la succession d’entreprise, étant donné notamment qu’il démontre que la Cour s’est éloignée de la conception de ces dispositions qu’elle avait adoptée auparavant dans les arrêts *Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l’industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740*, [1990] 3 R.C.S. 644, et *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048. Il peut être utile que j’explique la façon dont, à mon avis, l’opinion majoritaire dans l’arrêt *Ajax* a modifié la règle établie dans les arrêts *Lester* et *Bibeault*.

Dans l’arrêt *Lester*, le juge McLachlin (maintenant Juge en chef) a affirmé que « même si l’existence de sociétés apparentées peut justifier l’adoption d’une attitude moins stricte à l’égard de la question de savoir si l’obligation du successeur s’applique, il n’en demeure pas moins que des liens intersociétés sans quelque élément de preuve

(emphasis in original)). There, the “mere existence of related companies” (p. 683) was insufficient to trigger successorship provisions. However, in *Ajax*, commercial history on its own was taken to constitute a sufficient nexus.

As I noted in *Ajax*, at para. 10, in *Bibeault*, Beetz J. said of “alienation and operation by another” in s. 45 of the Quebec *Labour Code*, R.S.Q., c. C-27, “[these concepts] are based on an intentional transfer of a right: it is therefore necessary to determine between whom this mutual intent must exist” (*Bibeault*, at p. 1117). In other words, a consensual as opposed to an inferred or implied legal relation between the two employers was required. By holding that a sufficient nexus can be established through commercial history alone, the majority decision in *Ajax* has overruled the requirement of a strict intentional and mutual legal relation as it was formulated in *Bibeault*. It seems clear that a much looser inferential or implied approach has now been accepted, in part in order to capture the concern that pre-existing commercial relationships between successive employers may indicate the existence of an “artificial transaction” designed to avoid bargaining obligations. In *Ajax*, while there was no indication of such a transaction, it was the opinion of the majority that commercial history alone could be taken to establish a sufficient organizational nexus. In the present case, not only do I find no evidence of an artificial transaction, I find no indication of any transaction whatsoever.

Here, the original contract between the appellant employer Ivanhoe and its first contractor Moderne ended in 1991. Ivanhoe then entered into a different contractual relationship with the four new contractors. There is no history of a connection or evidence of any kind of relationship between the party

d’une aliénation ne suffiront pas à entraîner l’application des dispositions sur l’obligation du successeur » (p. 681 (souligné dans l’original)). Dans cette affaire, la « seule existence de sociétés apparentées » (p. 683) était insuffisante pour déclencher l’application des dispositions relatives à la succession d’entreprise. La Cour a cependant jugé, dans l’arrêt *Ajax*, que les antécédents commerciaux constituaient en soi un lien suffisant.

Comme je l’ai souligné dans l’arrêt *Ajax*, par. 10, le juge Beetz avait dit, à la p. 1117 de l’arrêt *Bibeault*, au sujet des concepts de « l’aliénation et de la concession » figurant à l’art. 45 du *Code du travail* du Québec, L.R.Q., ch. C-27, qu’ils « reposent sur la transmission volontaire d’un droit: il importe donc de déterminer entre qui le concours de volonté doit se produire ». En d’autres termes, il devait exister entre les deux employeurs un lien de droit consensuel, et non pas un lien de droit déduit ou implicite. En établissant que les antécédents commerciaux peuvent constituer en soi un lien suffisant, la décision majoritaire rendue dans *Ajax* a annulé l’exigence d’un lien de droit strictement intentionnel et réciproque énoncée dans l’arrêt *Bibeault*. Il semble évident qu’on accepte désormais l’approche beaucoup plus large du lien déduit ou implicite, en partie pour dissiper la crainte que des relations commerciales préexistantes entre employeurs successifs n’indiquent l’existence d’une « opération factice » destinée à dispenser des obligations de négocier. Dans l’arrêt *Ajax*, même si rien n’indiquait l’existence d’une telle opération, les juges majoritaires étaient d’avis qu’à eux seuls les antécédents commerciaux pouvaient être considérés comme établissant l’existence d’un lien organisationnel suffisant. À mon avis, non seulement n’y a-t-il aucune preuve de l’existence d’une opération factice en l’espèce, mais encore rien n’indique l’existence de quelque opération que ce soit.

Dans la présente affaire, le contrat initial passé entre Ivanhoe, l’employeur appelant, et Moderne, son premier entrepreneur, a pris fin en 1991. Ivanhoe a ensuite établi un lien contractuel différent avec les quatre nouveaux entrepreneurs. Il n’y a jamais eu aucun lien — et il n’existe aucune

who would be “[t]he new employer” under s. 45 of the Quebec *Labour Code*, i.e., the four contractors, and the party who is “the former employer” under that provision, i.e., Moderne. There is no “pre-existing corporate connection” between Moderne and the four contractors, or any “commercial history”. As Beetz J. put it in *Bibeault*, this is a situation in which “one contractor loses his contract to another with whom he has no connection” (p. 1061). Hence, on the law as it has been modified by *Ajax*, i.e., that the legal relation between successive employers can be based on a mere historical connection and there need not be a strict mutual, intentional, or consensual transfer, this is not a situation in which successorship provisions should be triggered. The understanding of the legal relation required in order to establish a sufficient organizational nexus is not satisfied in the present circumstances. There simply is no relation between the two employers here.

preuve de l’existence de quelque relation que ce soit — entre la partie qui serait « le nouvel employeur » au sens de l’art. 45 du *Code du travail* du Québec, c’est-à-dire les quatre entrepreneurs, et la partie qui est « l’employeur précédent » au sens de cette disposition, c’est-à-dire Moderne. Il n’y a aucun « lien d’entreprise préexistant » ni aucun « antécédent commercial » entre Moderne et les quatre entrepreneurs. Comme le juge Beetz l’a précisé dans l’arrêt *Bibeault*, il s’agit d’une situation où « un entrepreneur perd son contrat au profit d’un autre entrepreneur avec lequel il n’a aucune relation » (p. 1061). Par conséquent, selon la règle modifiée par l’arrêt *Ajax* — voulant que le lien de droit entre employeurs successifs puisse résulter d’un simple lien historique et qu’il ne soit pas nécessaire que le transfert soit strictement consensuel ou fondé sur une intention commune —, les dispositions relatives à la succession d’entreprise ne doivent pas s’appliquer en l’espèce. Dans les présentes circonstances, l’exigence du lien de droit requis pour établir l’existence d’un lien organisationnel suffisant n’est pas respectée. Il n’y a tout simplement aucun lien entre les deux employeurs en l’espèce.

138 *Ajax* made the requirement of the legal relation between successive employers significantly less onerous, but the requirement of a legal relation continued to exist. Here, even though there is no relation or connection between Moderne and the four contractors, the majority finds that the successorship provision applies. I do not agree that there is the required degree of “connection” or “nexus” in this situation. Furthermore, it is not possible, in my view, to continue to refer to this as a “requirement” when in fact nothing is required.

L’arrêt *Ajax* a considérablement assoupli l’exigence d’un lien de droit entre employeurs successifs, mais cette exigence existe toujours. En l’espèce, les juges majoritaires concluent que la disposition relative à la succession d’entreprise s’applique malgré l’absence de relation ou de lien entre Moderne et les quatre entrepreneurs. Je ne suis pas d’accord pour dire que le « lien » requis existe en l’espèce. J’estime, en outre, qu’on ne peut pas continuer de parler d’« exigence » de lien quand, en réalité, rien n’est exigé.

139 *Ajax* did not affect two other issues that are raised here in the context of what is and what is not a patently unreasonable interpretation of s. 45: (i) the definition of “undertaking” in s. 45; and (ii) the use of the concepts of “potential employer” and retrocession. It is to these I now turn.

L’arrêt *Ajax* n’a pas abordé deux autres points soulevés en l’espèce en ce qui concerne la question de savoir ce qui constitue ou ne constitue pas une interprétation manifestement déraisonnable de l’art. 45 : (i) la définition du terme « entreprise » figurant à l’art. 45, et (ii) le recours aux notions d’« employeur potentiel » et de rétrocession. J’examine maintenant ces questions.

### I. The Definition of “Undertaking” (*entreprise*) in Section 45

The definition of “undertaking” in s. 45 as this was articulated in *Bibeault* remains unchanged by the majority’s approach in *Ajax*. The holding in *Bibeault* on this issue is clear: an undertaking for the purposes of s. 45 cannot consist merely of work, tasks or functions performed by the employees under the former employer. Something more must be sold or operated by another in order for the successorship provision to be triggered.

As Beetz J. put it, at p. 1101:

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.

These components are meant to include “all the means available to an employer to obtain his objective” (p. 1105). Beetz J. therefore chose to adopt a broad definition of undertaking as [TRANSLATION] “an organization of resources that together suffice for the pursuit, in whole or in part, of specific activities” or “a going concern” (from *Mode Amazone v. Comité conjoint de Montréal de l’Union internationale des ouvriers du vêtement pour dames*, [1983] T.T. 227, at p. 231). An undertaking may indeed include the work done and hence could apply to a situation of sub-contracting if enough other elements of the business are included; however, it cannot consist merely of a transfer of work, functions or tasks.

It is the majority’s opinion that in cases like the present, where all that is available to be transferred is work, functions or tasks, such a transfer should be included in the definition of “undertaking”. In

### I. La définition du terme « entreprise » figurant à l’art. 45

L’approche adoptée par les juges majoritaires dans l’arrêt *Ajax* ne modifie pas la définition que donne l’arrêt *Bibeault* du terme « entreprise » figurant à l’art. 45. La conclusion tirée à ce sujet dans l’arrêt *Bibeault* est claire : pour l’application de l’art. 45, une entreprise ne saurait comprendre uniquement les travaux et les tâches que les salariés exécutaient pour l’employeur précédent, ni les fonctions qu’ils exerçaient pour lui. Pour que la disposition relative à la succession d’entreprise s’applique, il faut que quelque chose de plus soit vendu ou concédé.

Comme le juge Beetz l’a dit, à la p. 1101 :

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.

Ces éléments sont censés inclure « l’ensemble des moyens dont dispose un employeur pour atteindre la fin qu’il recherche » (p. 1105). Le juge Beetz a donc choisi d’adopter une définition large selon laquelle l’entreprise est un « *going concern* » (entreprise en exploitation) ou un « ensemble organisé suffisant des moyens qui permettent substantiellement la poursuite en tout ou en partie d’activités précises » (tiré de *Mode Amazone c. Comité conjoint de Montréal de l’Union internationale des ouvriers du vêtement pour dames*, [1983] T.T. 227, p. 231). Une entreprise peut effectivement comprendre le travail effectué et la définition d’entreprise pourrait donc s’appliquer dans un cas de sous-traitance si un nombre suffisant des autres éléments qui composent l’entreprise sont également transférés; il ne peut cependant pas s’agir uniquement d’un transfert de travaux, de fonctions ou de tâches.

Les juges majoritaires sont d’avis que, dans des cas comme la présente affaire où seuls des travaux, des fonctions ou des tâches peuvent être transférés, ce transfert doit être visé par la définition du terme

140

141

142

the Court of Appeal judgment in this case ([1999] R.J.Q. 32), LeBel J.A. (as he then was) found that the definition of undertaking adopted by Beetz J. from *Mode Amazone* included the possibility of different undertakings admitting of different degrees of the components referred to (p. 54). The passage cited from *Mode Amazone* in *Bibeault* includes, at p. 1106, the following comment: “It is not always necessary for the moveable and immovable property to be transferred, . . . for inventory and know-how to be included in the transaction.” From the idea that it is possible for the elements sufficient to trigger s. 45 to be different in different cases, LeBel J.A. concluded that, where the transfer is the provision of janitorial services and where those services are the only thing available to be transferred (i.e., the work), then that is all that needs to be transferred in order to satisfy Beetz J.’s wider “organic” approach.

« entreprise ». Dans l’arrêt rendu par la Cour d’appel en l’espèce ([1999] R.J.Q. 32), le juge LeBel (maintenant juge de notre Cour) a conclu que, selon la définition du mot « entreprise » que le juge Beetz a empruntée à la décision *Mode Amazone*, la mesure dans laquelle se retrouvent les éléments mentionnés peut varier d’une entreprise à l’autre (p. 54). L’extrait de la décision *Mode Amazone* que l’on trouve dans l’arrêt *Bibeault* comporte l’observation suivante, à la p. 1106 : « Il n’est pas toujours nécessaire que les meubles et que l’immeuble soient cédés, [. . .] que l’inventaire et le *know-how* soient compris dans la transaction. » Tenant pour acquis que les éléments suffisants pour déclencher l’application de l’art. 45 peuvent varier d’un cas à l’autre, le juge LeBel a conclu que, lorsque le transfert vise la prestation de services d’entretien ménager et que ces services (c’est-à-dire les travaux) sont tout ce qui peut être transféré, c’était là tout ce qui devait être transféré pour respecter la conception « organique » plus large du juge Beetz.

143

With great respect, I cannot agree with this interpretation of *Bibeault*. First, it is unclear how an interpretation based on something like the intrinsic limitations posed by the nature of janitorial services can be relied on when *Bibeault* also dealt with the provision of janitorial services. I agree with the majority that *Bibeault* certainly did not preclude the application of s. 45 in the case of such services. Indeed, I cannot see why it is impossible to transfer “something more” than work alone in this context. One could imagine the transfer of such things as the name of the company, its office, its staff (both cleaning and administrative), its “ways of doing things” (i.e., its internal structure and organization), its inventory and equipment (which might consist of specialized cleaning products or machines), its established relationships with suppliers (i.e., a component of its “good will”), its work contracts in the case where there is more than one client, and so on. I see no reason why a business that provides janitorial services should not be treated like any other business, with the possibility of having all of the attributes or *indicia* of a “going concern”. However, the point is not that these are also

En toute déférence, je ne puis souscrire à cette interprétation de l’arrêt *Bibeault*. Premièrement, on ne voit pas clairement comment on peut s’appuyer sur une interprétation fondée sur quelque chose comme les restrictions dues à la nature des services d’entretien ménager, alors que l’arrêt *Bibeault* portait également sur la prestation de services d’entretien ménager. Je conviens avec les juges majoritaires que l’arrêt n’empêchait sûrement pas l’application de l’art. 45 dans le cas de ces services. En fait, je ne vois pas pourquoi il est impossible de transférer « quelque chose de plus » que les travaux dans ce contexte. On pourrait imaginer le transfert de choses comme le nom de la société, son bureau, son personnel (tant le personnel d’entretien que le personnel administratif), sa « façon de faire les choses » (c’est-à-dire sa structure et son organisation internes), son inventaire et son matériel (qui pourraient comprendre des produits ou des machines de nettoyage spécialisés), les relations qu’elle a établies avec des fournisseurs (c’est-à-dire un élément de son « fonds commercial »), ses contrats de louage de services dans les cas où il y a plus d’un client, et ainsi de suite. Je ne vois pas pourquoi une entreprise qui fournit des



janitorial services and *Bibeault* left open the possibility that s. 45 would apply; the point is that in the present case, as in *Bibeault*, there is nothing else but the work that passes. This is precisely the situation in which Beetz J. said that “the functional approach” was impermissible, and I cannot agree that this is consistent with a finding of successorship rights in a situation where functions alone pass. Beetz J. held that the successorship provision should not be triggered in such a situation. In my opinion, the interpretation of that case adopted by the majority in the present instance inverts that central point.

As I see it, *Bibeault*'s prohibition of a purely functional definition of “undertaking” has effectively been removed if, as the majority here maintains, mere functions can constitute an undertaking in situations where there is nothing else but functions. Rather than precluding the use of the successorship provision, a purely functional situation does the opposite, triggering it.

Like Zerbisias J. (*ad hoc*) in *Syndicat des employées et employés professionnels et de bureau, section locale 57 v. Commission scolaire Laurenlal*, [1999] R.J.D.T. 1 (C.A.), and *Université McGill v. St-Georges*, [1999] R.J.D.T. 9 (C.A.), I am troubled by the majority's position that the “organic” rather than “functional” approach is being used when the former can simply amount to the latter. My view is that *Bibeault* should not effectively be overruled and the decisions in the present case should be declared

services d'entretien ménager ne devrait pas être traitée comme toute autre entreprise et présenter tous les attributs ou signes d'une entreprise en exploitation. Toutefois, ce qui importe est non pas le fait qu'il est également question de services d'entretien ménager et que l'arrêt *Bibeault* a maintenu la possibilité que l'art. 45 s'applique, mais le fait qu'ici, comme dans l'affaire *Bibeault*, seuls les travaux sont transférés. C'est exactement le genre de situation où « la conception fonctionnelle » est inacceptable selon le juge Beetz; je ne saurais donc accepter que cela est conforme à la conclusion qu'il existe des droits de succession d'entreprise dans le cas où seules des fonctions sont transférées. Le juge Beetz a décidé que la disposition relative à la succession d'entreprise ne doit pas s'appliquer dans un tel cas. Je suis d'avis que l'interprétation de cet arrêt adoptée par la Cour à la majorité en l'espèce renverse cette décision fondamentale.

Selon moi, l'interdiction par l'arrêt *Bibeault* du recours à une définition purement fonctionnelle du terme « entreprise » est effectivement éliminée si, comme les juges majoritaires l'affirment en l'espèce, de simples fonctions peuvent constituer une entreprise dans les cas où il n'y a rien d'autre que des fonctions. Au lieu d'empêcher le recours à la disposition relative à la succession d'entreprise, une définition purement fonctionnelle fait le contraire, en ce sens qu'elle déclenche l'application de cette disposition.

À l'instar de madame le juge Zerbisias dans les arrêts *Syndicat des employées et employés professionnels et de bureau, section locale 57 c. Commission scolaire Laurenlal*, [1999] R.J.D.T. 1 (C.A.), et *Université McGill c. St-Georges*, [1999] R.J.D.T. 9 (C.A.), j'estime dangereux de dire, comme l'ont fait les juges majoritaires, que c'est la conception « organique » qui doit s'appliquer au lieu de la conception « fonctionnelle », alors que la conception « organique » est simplement jugée équivalente à la conception « fonctionnelle ». À mon sens, il n'y a pas lieu de renverser l'arrêt *Bibeault* dans les faits et les décisions en l'espèce devraient être déclarées manifestement déraison-

144

145

patently unreasonable for the way that they misinterpret *Bibeault*.

146 The majority here argues that we are in a very different situation with respect to s. 45 than we were in when *Bibeault* was decided — the Labour Court has nearly unanimously settled on a political interpretation of s. 45. It is certainly true that the situation is not one of controversy or paralysis now, as it was then. However, in my view, an agreement to ignore *Bibeault* or to undermine the organic definition in *Bibeault* should not acquire the force of law simply because the Labour Court has agreed to do it and has more or less consistently taken that approach. This is a basis for finding the approach “patently unreasonable” rather than a justification for deference.

147 I cannot agree with deference on this matter in particular because when the Legislature amended the Quebec *Labour Code* to adopt the present text of s. 46, a move to better insulate decisions of the Labour Court, it was well aware of the interpretation given to s. 45 in *Bibeault* and chose to retain it. Deference to the Labour Court should not now be used to justify an interpretation of s. 45 that is inconsistent with *Bibeault*.

148 Both the majority and the Court of Appeal judgment by LeBel J.A. maintain that the definition of “undertaking” should be subservient to the nature of the legal relation and that *Bibeault* should be distinguished on its facts from the present decision because the Schoolboard in that case was never bound by the certification and did not use its employees to do the work there, whereas, in this case, Ivanhoe did do the work with its employees prior to its contract with Moderne. I do not think that the factual distinction between that case and

nables en raison de la mauvaise interprétation de l’arrêt *Bibeault* qui y est donnée.

Dans le présent pourvoi, les juges majoritaires estiment que, en ce qui concerne l’art. 45, nous nous trouvons dans une situation très différente de celle qui existait au moment où l’arrêt *Bibeault* a été rendu — le Tribunal du travail a opté presque à l’unanimité pour une interprétation politique de l’art. 45. Certes, il est vrai qu’on ne trouve pas ici la controverse ou le blocage qui existait dans cette affaire. J’estime cependant qu’une entente selon laquelle on ne tiendra pas compte de l’arrêt *Bibeault* ou on minera la définition organique donnée dans cet arrêt ne doit pas avoir force exécutoire simplement parce que le Tribunal du travail a accepté de le faire et qu’il a plus ou moins constamment adopté ce point de vue. Il s’agit là d’une raison de conclure que cette approche est « manifestement déraisonnable » et non pas d’une raison de faire preuve de retenue.

En toute déférence, je ne peux pas être d’accord sur ce point étant donné, en particulier, que le législateur était bien conscient de l’interprétation de l’art. 45 donnée dans l’arrêt *Bibeault* et qu’il a décidé de la maintenir lorsqu’il a modifié le *Code du travail* du Québec pour adopter le texte actuel de l’art. 46 afin de mieux protéger les décisions du Tribunal du travail. La retenue envers le Tribunal du travail ne doit pas servir à justifier une interprétation de l’art. 45 qui soit incompatible avec l’arrêt *Bibeault*.

Selon l’arrêt majoritaire de notre Cour et l’arrêt rendu en Cour d’appel par le juge LeBel, la définition du terme « entreprise » doit dépendre de la nature du lien de droit et une distinction factuelle doit être établie entre le présent arrêt et l’arrêt *Bibeault*, en ce sens que la commission scolaire dont il était question dans ce dernier cas n’avait jamais été liée par l’accréditation et n’avait pas confié l’exécution des travaux à ses salariés, tandis qu’en l’espèce Ivanhoe faisait exécuter les travaux par ses salariés avant de conclure un contrat avec Moderne. Je ne crois pas que la distinction factuelle entre l’arrêt *Bibeault* et la présente affaire ait de l’importance en ce qui concerne l’interdiction

this case is material to that case's prohibition of the functional definition of an undertaking.

## II. The Use of the Concepts of "Potential Employer" and Retrocession

The patently unreasonable nature of the "potential employer" and retrocession argument used in the courts below does not relate to the issue of whether or not *Bibeault* was being properly followed. This way of reactivating "the former employer" status under s. 45 was not at issue in *Bibeault*. Hence, whether or not its use in the present case is patently unreasonable depends not on *Bibeault* but on how it sits in relation to the text of s. 45.

The "potential employer" or retrocession argument here works in the following way: because the original employer, the appellant Ivanhoe, handled the janitorial services in the buildings it managed prior to its contract with Moderne, the termination of this contract creates a situation in which the undertaking transferred to Moderne returns to Ivanhoe in order to be re-transferred to the four new contractors; see pp. 68-72 of the Court of Appeal judgment. This means that under s. 45, the appellant Ivanhoe is the "potential" "new employer", because it has control over the activity and may decide to carry it on itself. With regard to the transaction between Ivanhoe and the four new contractors, however, Ivanhoe is "the former employer" and the four contractors are "[t]he new employer" even though it is Moderne who was the last business to carry on the work and to have had actual employees to that end. Hence, the concept of "potential employer" and the possibility of retrocession are used to keep Ivanhoe in the position of "the former employer" under s. 45.

This interpretation is in no way supported by the text of s. 45 and, in my opinion, is a patently unreasonable interpretation of that provision. There is no reason to think that "the former employer" referred to in the provision is meant to reach back in time in this way and to infer an intention to carry on an undertaking when there is

par cet arrêt de la définition fonctionnelle du terme « entreprise ».

## II. Le recours aux notions d'« employeur potentiel » et de rétrocession

Le caractère manifestement déraisonnable de la théorie de l'« employeur potentiel » et de la rétrocession invoquée devant les cours d'instance inférieure n'a rien à voir avec la question de savoir si l'arrêt *Bibeault* a été suivi à bon droit. Cette façon de redonner le statut d'« employeur précédent » au sens de l'art. 45 n'était pas en cause dans l'arrêt *Bibeault*. Il faut donc se fonder non pas sur l'arrêt *Bibeault* mais sur le libellé de l'art. 45 pour décider s'il est manifestement déraisonnable de recourir à cette théorie en l'espèce.

En l'espèce, la théorie de l'« employeur potentiel » ou de la rétrocession est la suivante : puisque l'employeur initial, l'appelante Ivanhoe, assurait les services d'entretien ménager dans les édifices qu'il gérait avant de conclure un contrat avec Moderne, l'expiration de ce contrat engendre une situation où l'entreprise cédée à Moderne retourne à Ivanhoe pour être recédée aux quatre nouveaux entrepreneurs; voir p. 68-72 de l'arrêt de la Cour d'appel. Cela signifie que, pour l'application de l'art. 45, l'appelante Ivanhoe est le « nouvel employeur » « potentiel », parce qu'elle contrôle l'activité et peut décider de l'exercer elle-même. Toutefois, en ce qui concerne l'opération intervenue entre Ivanhoe et les quatre nouveaux entrepreneurs, Ivanhoe est « l'employeur précédent » et les quatre entrepreneurs sont « le nouvel employeur », même si Moderne était la dernière entreprise à avoir exécuté les travaux et à avoir eu des salariés à cette fin. De ce fait, la notion de l'« employeur potentiel » et la possibilité de rétrocession servent à maintenir Ivanhoe dans la position de « l'employeur précédent » au sens de l'art. 45.

Cette interprétation n'est nullement appuyée par le libellé de l'art. 45 et constitue, à mon avis, une interprétation manifestement déraisonnable de cette disposition. Rien ne donne à penser que la notion de « l'employeur précédent » figurant dans cette disposition permet de remonter ainsi dans le temps et d'inférer l'existence d'une intention d'ex-

149

150

151

no indication of that intention. This is particularly troubling in light of the fact that no employees are being transferred and “the potential employer” has no employees to receive the benefit of the transferred certification. In other words, the provision itself gives no indication that it is meant to apply to more than the last two actual employers in a line of successive employers. Hence, the creation of this new category, “potential employer”, is nowhere supported by the text.

exploiter une entreprise lorsque rien ne permet de croire qu’une telle intention existe. Cela est particulièrement troublant compte tenu du fait qu’aucun salarié n’est transféré et que « l’employeur potentiel » ne compte aucun salarié susceptible de bénéficiaire de l’accreditation transmise. En d’autres termes, la disposition elle-même n’indique nullement qu’elle doit s’appliquer à plus d’employeurs qu’aux deux derniers d’une série d’employeurs successifs. Partant, la création de cette nouvelle catégorie de l’ « employeur potentiel » n’est aucunement appuyée par le texte de la disposition.

152

Moreover, retrocession is an entirely fictional operation. While it is true, as the majority points out, that the law admits of instances of “legal fiction”, I cannot accept that in this context. Labour legislation is specific and technical; it reflects social policy and is not suited to additions by way of judicial constructs. Employment is a real thing, not a fiction, and certification exists for the benefit of actual employees. Ivanhoe ceased being the employer of the janitorial staff in 1989 when it transferred all of those employees to Moderne. At that time, for the purposes of that transfer of successor rights, it was “the former employer” as *per s. 45*. Indeed, the transfer of these rights from Ivanhoe to Moderne went uncontested at that time. Moderne became the new employer of these former employees of Ivanhoe and the collective agreement that had bound Ivanhoe was then transferred to Moderne. These employees worked for Moderne. And when the contract between Ivanhoe and Moderne came to an end in 1991, these employees were dismissed by Moderne. Ivanhoe could not be said to have become their employer again in any way. First, Ivanhoe did not re-enter the business of performing these janitorial services, thereby reactivating its status as an employer in any real way. Ivanhoe did not hire any employees to perform janitorial services, whether from Moderne or any other source. Second, the new companies performing the work did not include any of these Moderne/former-Ivanhoe employees. Indeed, in addition to the services performed, the only thing that has been kept constant in these various configurations of employer and employees is in fact the union certification. It is, in my opin-

De plus, la rétrocession est une opération entièrement fictive. Bien qu’il soit vrai, comme le soulignent les juges majoritaires, que le droit permet la « fiction juridique » dans certains cas, j’estime que cela ne s’applique pas dans le présent contexte. La législation en matière de travail est particulière et technique; elle reflète une politique sociale et ne se prête pas aux ajouts faits au moyen d’interprétations judiciaires. L’emploi est une réalité, pas une fiction, et l’accreditation existe au profit de salariés réels. Ivanhoe a cessé d’être l’employeur du personnel d’entretien ménager en 1989, au moment où elle a transféré tous ces salariés chez Moderne. À cette époque, pour les fins de cette transmission de droits de succession d’entreprise, elle était « l’employeur précédent » au sens de l’art. 45. En fait, personne n’a alors contesté la transmission de ces droits d’Ivanhoe à Moderne. Moderne est devenue le nouvel employeur de ces anciens salariés d’Ivanhoe et la convention collective qui avait lié Ivanhoe a alors été transmise à Moderne. Ces salariés travaillaient pour Moderne et, lorsque le contrat entre Ivanhoe et Moderne a pris fin en 1991, ils ont été licenciés par Moderne. On ne pouvait pas dire qu’Ivanhoe était redevenue leur employeur de quelque manière que ce soit. Premièrement, Ivanhoe n’a pas recommencé à fournir les services d’entretien ménager en cause, ce qui aurait eu pour effet de lui redonner son statut d’employeur. Elle n’a embauché aucun salarié de Moderne ou d’un autre employeur pour fournir des services d’entretien ménager. Deuxièmement, aucun salarié de Moderne/ancien salarié d’Ivanhoe ne travaillait pour les nouvelles entreprises qui exécutaient les travaux. En fait, outre les services

ion, patently unreasonable to keep this certification alive through an artificial interpretation of s. 45.

It is true, as the majority points out at para. 88, that it is Ivanhoe who retains the power to consign the undertaking at the end of the contract. In the case of short-term or temporary contracts, it is also true that the termination of the contract will result in a failure to carry over the collective agreement and a failure to re-visit the certification upon Ivanhoe, absent retrocession or some such operation. This creates the possibility of using short-term or temporary contracts to evade collective agreements and in effect “oust” a union by failing to re-visit certification upon the original “potential employer” (or what we might think of as the potential “re-employer”) under s. 45. However, this is how s. 45 is written. It is not ambiguous. Its scope is well defined. When the legislature amended s. 46, it did not amend s. 45 to add the concept of “potential employer” to “former employer”, nor did it stipulate the possibility of fictitious relations between the original employer and successive employers. Inaction by the Legislature should not be held to be equivalent to legislative ratification of Labour Court decisions; otherwise, judicial review itself is threatened. This is, in my opinion, a forced and artificial interpretation that the words in the text of the provision cannot reasonably bear.

Indeed, the forced or artificial nature of the interpretation in my view can be seen in the difficulties raised by two other issues in this case: (a) the issue of why the certification passes but the collective agreement does not; and (b) what I call here, for the sake of brevity, “the s. 41 incongruity”.

fournis, l'accréditation syndicale est la seule chose qui soit demeurée constante dans ces différentes configurations d'employeurs et de salariés. J'estime qu'il est manifestement déraisonnable de maintenir en vigueur cette accréditation au moyen d'une interprétation artificielle de l'art. 45.

Il est vrai, comme les juges majoritaires le font observer au par. 88, que c'est Ivanhoe qui détient le pouvoir de concéder l'entreprise à l'expiration du contrat. Dans le cas des contrats à court terme ou temporaires, il est également vrai que l'expiration du contrat empêche la transmission de la convention collective et de l'accréditation à Ivanhoe en l'absence de rétrocession ou d'opération de la sorte. Il existe alors une possibilité que des contrats à court terme ou temporaires servent à contourner des conventions collectives et, en fait, à évincer un syndicat en ne transmettant pas l'accréditation à l'« employeur potentiel » initial (que nous pourrions également considérer comme étant le « nouvel employeur » potentiel) en application de l'art. 45. Telle est toutefois la manière dont l'art. 45 est rédigé. Cet article n'est pas ambigu. Sa portée est bien définie. Lorsque le législateur a modifié l'art. 46, il n'a pas modifié l'art. 45 de manière à ajouter le concept d'« employeur potentiel » à celui d'« employeur précédent » et il n'a pas non plus mentionné la possibilité de liens fictifs entre l'employeur initial et les employeurs qui lui succèdent. Il n'y a pas lieu de considérer que l'inaction du législateur équivaut à une ratification des décisions du Tribunal du travail; si c'était le cas, le contrôle judiciaire serait lui-même en péril. Il s'agit, selon moi, d'une interprétation artificielle et forcée qui ne peut pas raisonnablement s'appuyer sur le libellé de la disposition.

J'estime, en effet, que les difficultés soulevées par deux autres questions en l'espèce font ressortir le caractère forcé ou artificiel de cette interprétation : a) la question de savoir pourquoi l'accréditation est transmise, mais pas la convention collective, et b) ce que, par souci de concision, j'appelle en l'espèce « l'incongruité de l'art. 41 ».

A. *What Prevents the Collective Agreement from Passing?*

155 In addition to the certification, s. 45 stipulates that the alienation or operation by another of the undertaking shall not invalidate any collective agreement. Indeed, when Ivanhoe transferred the undertaking and its employees to Moderne in 1989 in that uncontested proceeding, the collective agreement followed the undertaking without comment. One of the collective agreements between Moderne and the Union expired prior to the end of Ivanhoe's contract with Moderne — the collective agreement expired on May 22, 1991, and the contract between Ivanhoe and Moderne came to an end on August 31, 1991. However, Moderne and the Union entered into a second collective agreement that was to commence August 29, 1991. Hence, that second collective agreement was in force just prior to the end of the contract between Ivanhoe and Moderne and is certainly capable of being transferred with the certification.

156 Yet, every decision-maker in this case has held that the collective agreement entered into by Moderne and the Union could not be transferred back to Ivanhoe in order to be re-transferred to the four new employers along with the certification. In other words, they found that the retrocession argument could not be applied to the collective agreement. It is important to consider why this was so. More precisely, if the retrocession argument is sound, why would it not be applied to the collective agreement? Why stop with the certification? The new employers were not involved in negotiations or discussions dealing with either the certification or the collective agreement. In my opinion, this refusal indicates a problem with the retrocession approach. In short, if that approach was perfectly valid and legitimate, the collective agreement would have been included with the certification. The fact that it was not indicates that something is wrong with the retrocession argument.

157 As the majority points out, the Labour Court recognizes the need to modify collective agreements or refuse their transfer in a variety of situa-

A. *Qu'est-ce qui empêche la transmission de la convention collective?*

Selon l'article 45, l'aliénation ou la concession de l'entreprise n'invalide aucune accréditation ni aucune convention collective. En réalité, lorsqu'Ivanhoe a cédé l'entreprise et ses salariés à Moderne en 1989 dans le cadre de cette procédure non contestée, la convention collective a suivi l'entreprise sans que cela ne donne lieu à aucun commentaire. L'une des conventions collectives entre Moderne et le syndicat a expiré avant la fin du contrat d'Ivanhoe avec Moderne — la convention collective a expiré le 22 mai 1991 et le contrat entre Ivanhoe et Moderne a pris fin le 31 août 1991. Toutefois, Moderne et le syndicat ont conclu une deuxième convention collective qui devait entrer en vigueur le 29 août 1991. Par conséquent, cette deuxième convention collective était en vigueur juste avant la fin du contrat entre Ivanhoe et Moderne et elle peut certainement être transmise avec l'accréditation.

Pourtant, tous les décideurs en l'espèce ont jugé que la convention collective conclue par Moderne et le syndicat ne pouvait pas être retransmise à Ivanhoe pour pouvoir être ensuite transmise avec l'accréditation aux quatre nouveaux employeurs. En d'autres termes, ils ont conclu que la théorie de la rétrocession ne pouvait pas s'appliquer à la convention collective. Il importe d'examiner pourquoi ils en sont arrivés à cette conclusion. Plus précisément, si la théorie de la rétrocession est bien fondée, pourquoi ne s'appliquerait-elle pas à la convention collective? Pourquoi devrait-elle s'arrêter à l'accréditation? Les nouveaux employeurs n'ont participé ni aux négociations ni aux discussions relatives à l'accréditation ou à la convention collective. À mon avis, ce refus indique que la théorie de la rétrocession pose un problème. Bref, si cette théorie était parfaitement valide et légitime, la convention collective aurait été transmise avec l'accréditation. Le fait que cela n'a pas été le cas indique que la théorie de la rétrocession comporte une faille.

Comme les juges majoritaires le font remarquer, le Tribunal du travail reconnaît la nécessité de modifier les conventions collectives ou de refuser

tions. However, normally, in cases where the successorship provision applies, the collective agreement passes automatically with the certification. Section 45 treats both together. This makes sense, since the collective agreement is required in order to fully protect employees against the new employer who may alter working conditions or engage in behaviour detrimental to the union in the time it takes to arrive at a new collective agreement. Certification is one battle on the road to a unionized workplace; arriving at a collective agreement is another. It is a recognition of the vulnerability of the union at the stage when it has no collective agreement that explains why in the case of a true successorship situation, the collective agreement follows the certification. In order for the operation of the successorship provision to be meaningful, one must follow the other.

The majority here argues that the Labour Court was entitled to refuse the transfer of the collective agreement by exercising its discretion under s. 46 of the Quebec *Labour Code*. However, neither the labour commissioner nor the Labour Court purported to exercise their discretion under s. 46. I find it difficult to accept that this is what occurred, in fact.

The consensus amongst all decision-makers in this case that the collective agreement should not follow the certification indicates to me that there is a kind of tacit acknowledgment that this is not in fact a “true” successorship situation. There is, in other words, a recognition that extending the certification to the four new contractors *via* the retrocession argument is tenuous at best, and it is simply too much of a reach to include the collective agreement. Not only are the contractors strangers to this agreement (as is the case in the transfer of a collective agreement in any successorship situation), but so are all of the people working for the new contractors. These are not the Moderne/former-Ivanhoe employees. Those employees would have some kind of redress if the

leur transmission dans divers cas. Normalement, toutefois, dans les cas où la disposition relative à la succession d’entreprise s’applique, la convention collective est automatiquement transmise avec l’accréditation. L’article 45 les traite ensemble. Cela est logique puisque la convention collective est nécessaire pour protéger complètement les salariés contre le nouvel employeur qui peut modifier les conditions de travail ou adopter un comportement préjudiciable au syndicat pendant la période requise pour conclure une nouvelle convention collective. L’établissement d’un milieu de travail syndiqué passe par l’accréditation et par la conclusion d’une convention collective. L’accréditation est une reconnaissance de la vulnérabilité du syndicat au moment où il n’a aucune convention collective, ce qui explique pourquoi, dans le cas d’une concession véritable d’entreprise, la convention collective suit l’accréditation. Pour que l’application de la disposition relative à la succession d’entreprise soit utile, l’une doit suivre l’autre.

En l’espèce, les juges majoritaires affirment que le Tribunal du travail avait le droit de refuser la transmission de la convention collective en exerçant le pouvoir discrétionnaire qu’il tient de l’art. 46 du *Code du travail* du Québec. Toutefois, ni le commissaire du travail ni le Tribunal du travail ne paraissent avoir exercé le pouvoir discrétionnaire que leur confère cet article. Il m’est difficile d’accepter qu’ils l’ont fait en réalité.

Le consensus qui se dégage parmi tous les décideurs en l’espèce, selon lequel la convention collective ne doit pas suivre l’accréditation, révèle, selon moi, qu’on semble reconnaître tacitement qu’en fait il n’est pas question ici d’une concession « véritable » d’entreprise. En d’autres termes, on reconnaît que la transmission de l’accréditation aux quatre nouveaux entrepreneurs au moyen de la théorie de la rétrocession n’est pas entièrement fondée et qu’il est tout simplement exagéré de transmettre la convention collective. Non seulement les entrepreneurs ne sont-ils pas partie à cette convention (comme c’est le cas lors de la transmission d’une convention collective à la suite d’une concession d’entreprise), mais il en est de même pour toutes les personnes qui travaillent pour les

158

159

second collective agreement were allowed to pass, but passing the certification without the collective agreement is a hollow victory for the union-side in this case — the original employees certainly do not win. The creation of this odd “half-way house” position, allowing the certification to pass but not the collective agreement, indicates to me that this is not a situation in which the successorship provision should apply at all. If it were, then the collective agreement should also pass. Indeed, given the fact that the original employees are not protected by the decision in this case, one must ask what the point of this “compromise” is.

nouveaux entrepreneurs. Ces personnes ne sont pas les salariés de Moderne/anciens salariés d’Ivanhoe. Ces salariés auraient un certain recours si l’on permettait que la deuxième convention collective soit transmise, mais la transmission de l’accréditation sans la convention collective est une victoire sans lendemain pour la partie syndicale en l’espèce — les salariés initiaux ne gagnent sûrement rien. La création de cette étrange situation « intermédiaire » où la transmission de l’accréditation est permise, mais non celle de la convention collective, révèle, selon moi, que le présent cas ne se prête pas à l’application de la disposition relative à la succession d’entreprise. Si cette disposition s’appliquait, la convention collective devrait également être transmise. D’ailleurs, compte tenu du fait que les salariés initiaux ne sont pas protégés par la décision rendue en l’espèce, il faut se demander à quoi sert ce « compromis ».

160 It is my view that neither the collective agreement nor the certification should pass in these circumstances. This is simply not a true successorship situation that should trigger s. 45. In other words, the retrocession argument forces us into a patently unreasonable interpretation of this provision that consensus on the collective agreement issue shows we are not really willing to live with.

À mon avis, ni la convention collective ni l’accréditation ne devraient être transmises dans les circonstances. Nous ne sommes tout simplement pas en présence d’une concession véritable d’entreprise qui doit déclencher l’application de l’art. 45. Autrement dit, la théorie de la rétrocession nous force à adopter une interprétation manifestement déraisonnable de cette disposition, que nous ne sommes pas vraiment disposés à accepter comme le démontre le consensus relatif à la question de la convention collective.

#### B. *The Section 41 Incongruity*

#### B. *L’incongruité de l’art. 41*

161 A further indication that there is a problem with the interpretation of s. 45 in this case may be seen in the issue of what I call “the s. 41 incongruity”. The focus here is on the difficulty created by allowing Ivanhoe to make a s. 41 request because of its status as employer, but borrowing the “former employer” analysis from the retrocession interpretation of s. 45 to deny the request. In other words, why is Ivanhoe considered the employer for the purposes of making the request, but is then denied the request on the grounds that it is a previous employer and that representation must be verified by looking at the present temporary employ-

On peut également constater que l’interprétation de l’art. 45 pose un problème en l’espèce en raison de ce que j’appelle « l’incongruité de l’art. 41 ». Dans la présente affaire, l’accent est mis sur la difficulté résultant du fait que l’on permet à Ivanhoe de présenter une requête fondée sur l’art. 41 en raison de son statut d’employeur et que l’on rejette ensuite sa requête pour le motif qu’elle est « l’employeur précédent » selon une interprétation de l’art. 45 fondée sur la théorie de la rétrocession. En d’autres termes, comment peut-on expliquer qu’Ivanhoe est considérée comme étant l’employeur au moment de présenter sa requête et qu’elle voit ensuite sa requête rejetée pour le motif qu’elle est un employeur précédent et qu’il faut



ers? Why is its status as employer sufficient at one level but not at the next?

Section 41 concerns an employer’s ability to ask for a tallying of support for the union amongst the group of employees the union purports to represent and, where there is a lack of support, to ask for a cancellation of the certification. However, s. 41 requires that a certain amount of time pass before the employer is allowed to make this request.

The relevant provisions, as they existed in 1992, read:

**22.** Certification may be applied for

. . . .

(c) after six months from the expiration of the delays provided in section 58, in the case of a group of employees for whom a collective agreement has not been made or for whom a dispute has not been submitted for arbitration or is not the object of a strike or lock-out permitted by this code;

. . . .

**41.** A labour commissioner may, at the time fixed in paragraph c . . . of section 22 . . . cancel the certification of an association that

(a) has ceased to exist, or

(b) no longer comprises the absolute majority of the employees of the bargaining unit for which it was certified.

. . . .

**58.** The right to strike or to a lock-out shall be acquired 90 days after reception by the Minister of a copy of the notice sent to him in accordance with section 52.1 or that he is deemed to have received in accordance with section 52.2, unless a collective agreement has been reached between the parties or unless, by mutual consent, they decide to submit their dispute to an arbitrator.

Section 52.2 deems notice to have been given on the day of the expiration of the collective agreement.

examiner les circonstances relatives aux employeurs temporaires actuels pour vérifier la représentation des salariés? Pourquoi son statut d’employeur suffit-il à un niveau et non à l’autre niveau?

L’article 41 autorise un employeur à demander le décompte des salariés qui appuient le syndicat dans le groupe que celui-ci est censé représenter et à demander la révocation de l’accréditation si le syndicat n’est pas appuyé par les salariés. Toutefois, l’art. 41 prescrit l’écoulement d’un certain délai avant que l’employeur puisse présenter cette requête.

Les dispositions pertinentes, telles qu’elles existaient en 1992, se lisent ainsi:

**22.** L’accréditation peut être demandée

. . . .

c) après six mois de l’expiration des délais prévus à l’article 58, à l’égard d’un groupe de salariés pour lesquels une convention collective n’a pas été conclue, ou pour lesquels un différend n’a pas été soumis à l’arbitrage ou ne fait pas l’objet d’une grève ou d’un lock-out permis par le présent code;

. . . .

**41.** Un commissaire du travail peut, au temps fixé au paragraphe c [. . .] de l’article 22, [. . .] révoquer l’accréditation d’une association qui :

a) a cessé d’exister, ou

b) ne groupe plus la majorité absolue des salariés qui font partie de l’unité de négociation pour laquelle elle a été accréditée.

. . . .

**58.** Le droit à la grève ou au lock-out est acquis 90 jours après la réception par le ministre de la copie de l’avis qui lui a été transmise suivant l’article 52.1 ou qu’il est réputé avoir reçue suivant l’article 52.2, à moins qu’une convention collective ne soit intervenue entre les parties ou à moins que celles-ci ne décident d’un commun accord de soumettre leur différend à un arbitre.

En vertu de l’art. 52.2, l’avis est réputé avoir été donné le jour de l’expiration de la convention collective.

162

163

- 164 Ivanhoe made its request for cancellation of the certification on January 14, 1992, arguing (i) that it no longer employed the janitorial staff who had been transferred to Moderne in the May 22, 1991 transfer of certification; and (ii) its collective agreement with the Union ended on May 22, 1989, respecting the nine-month waiting period.
- 165 Here, s. 52.2 would deem notice to have been given May 22, 1989, the date of the expiration of the collective agreement between Ivanhoe and the Union. The 90 days required under s. 58, added to the six months in s. 22(c), make for a total of nine months. This means that Ivanhoe was required to wait until at least February 22, 1990 to make the s. 41 request. By this calculation, the January 14, 1992 request is well past the required waiting period.
- 166 The Union argued before labour commissioner Boily that (i) Ivanhoe did not have the legal interest required to make the request; (ii) the request had not respected the required waiting period; and (iii) revoking Ivanhoe's certification would have consequences on the certification that was transferred to Moderne.
- 167 Labour commissioner Boily rejected Ivanhoe's January 14, 1992 request. He said that, given the May 22, 1991 transfer of the certification to Moderne, Ivanhoe's request had no object. However, as the majority points out, he implicitly accepted Ivanhoe's position that the May 22, 1989 date should be used to calculate the waiting period.
- 168 Judge Prud'homme of the Labour Court may be similarly said to have accepted the use of the 1989 date for the purpose of calculating the delay: [1993] T.T. 600. He found that the problem with Ivanhoe's request was not that Ivanhoe lacked the interest to ask for a cancellation of the certification under s. 41. Citing *Entreprises Rolland Bergeron inc. v. Geoffroy*, [1987] R.J.Q. 2331 (C.A.), he said
- Ivanhoe a présenté sa requête en révocation de l'accréditation le 14 janvier 1992, en faisant valoir (i) qu'elle n'employait plus le personnel d'entretien ménager qui avait été transféré chez Moderne dans le cadre de la transmission de l'accréditation du 22 mai 1991, et (ii) que sa convention collective avec le syndicat avait pris fin le 22 mai 1989, de sorte que le délai d'attente de neuf mois était respecté.
- En vertu de l'art. 52.2, l'avis serait réputé avoir été donné le 22 mai 1989 en l'espèce, c'est-à-dire à la date d'expiration de la convention collective intervenue entre Ivanhoe et le syndicat. Les 90 jours requis par l'art. 58, ajoutés aux six mois mentionnés au par. 22c), représentent un total de neuf mois. Cela signifie qu'Ivanhoe était tenue d'attendre au moins jusqu'au 22 février 1990 pour présenter la requête fondée sur l'art. 41. Selon ce calcul, le délai d'attente prescrit était expiré depuis longtemps lorsque la requête a été présentée le 14 janvier 1992.
- Le syndicat a prétendu devant le commissaire du travail Boily (i) qu'Ivanhoe n'avait pas l'intérêt juridique requis pour présenter la requête, (ii) que le délai d'attente prescrit pour présenter la requête n'avait pas été respecté et (iii) que la révocation de l'accréditation relative à Ivanhoe aurait des conséquences sur l'accréditation transmise à Moderne.
- Le commissaire du travail Boily a rejeté la requête présentée le 14 janvier 1992 par Ivanhoe. Selon lui, la requête d'Ivanhoe était inutile étant donné que l'accréditation avait été transmise à Moderne le 22 mai 1991. Toutefois, comme les juges majoritaires le soulignent, il a implicitement retenu le point de vue d'Ivanhoe selon lequel il y avait lieu d'utiliser la date du 22 mai 1989 pour calculer le délai d'attente.
- De même, on peut affirmer que le juge Prud'homme, du Tribunal du travail, a accepté que la date de 1989 serve à calculer le délai en cause : [1993] T.T. 600. Selon lui, le problème posé par la requête d'Ivanhoe ne résultait pas d'un défaut d'intérêt requis pour demander la révocation de l'accréditation aux termes de l'art. 41. Citant l'arrêt *Entreprises Rolland Bergeron inc. c. Geoffroy*,

that Ivanhoe did have a sufficient interest. However, he denied the request, rejecting the argument that Ivanhoe had the right to cancellation of the certification due to the absence of employees, because Ivanhoe should not be allowed, at the end of its contract, to resume its position as employer without the certification or to pass the work on by awarding a new contract without the certification, thereby effectively “ousting” the Union. In other words, he found that Ivanhoe had the right to ask for cancellation of the certification, but it must listen to the response — no.

At the Court of Appeal, LeBel J.A. did two things. First, he revived the timeliness issue. Choosing the date of the expiration of the collective agreement between Moderne and the Union (May 22, 1991), rather than the date of the expiration of the collective agreement between Ivanhoe and the Union (May 22, 1989), he found that only eight months had passed between the expiration of the collective agreement and the s. 41 request. Secondly, he disagreed with Judge Prud’homme’s ruling that Ivanhoe had a sufficient interest to bring the request but should be denied cancellation under s. 41 in the circumstances, finding instead that Ivanhoe lacked the interest to make the request. With respect, I cannot agree with LeBel J.A. on either of these issues.

It is true that using the date of the expiration of the collective agreement between Moderne and the Union (May 22, 1991), only eight months separate that date and the date of the s. 41 request (January 14, 1992). However, the collective agreement in question is the agreement between Ivanhoe and the Union, not Moderne and the Union — it is Ivanhoe who is making the request. That agreement expired on May 22, 1989. LeBel J.A. does not explain why the labour commissioner and the Labour Court were wrong to have chosen the Ivanhoe collective agreement and why it is appropriate to use the Moderne collective agreement here. It might be that the May 22, 1991 transfer of the certification to Moderne justifies a refusal of the request made

[1987] R.J.Q. 2331 (C.A.), il a précisé qu’Ivanhoe avait un intérêt suffisant. Toutefois, écartant l’argument selon lequel Ivanhoe avait droit à la révocation de l’accréditation en raison de l’absence de salariés, il a rejeté la requête pour le motif qu’il n’y avait pas lieu de permettre à Ivanhoe de retrouver, à la fin de son contrat, son statut d’employeur sans l’accréditation ou de transférer le travail au moyen d’un nouveau contrat sans l’accréditation, et d’évincer ainsi le syndicat. Autrement dit, il a décidé qu’Ivanhoe avait le droit de demander la révocation de l’accréditation, mais qu’elle devait respecter la réponse négative.

En Cour d’appel, le juge LeBel a fait deux choses. Premièrement, il a repris la question du respect du délai. Choissant la date d’expiration de la convention collective intervenue entre Moderne et le syndicat (le 22 mai 1991) au lieu de la date d’expiration de la convention collective intervenue entre Ivanhoe et le syndicat (le 22 mai 1989), il a conclu que seulement huit mois s’étaient écoulés entre l’expiration de la convention collective et la requête fondée sur l’art. 41. Deuxièmement, il a exprimé son désaccord avec la décision du juge Prud’homme qu’Ivanhoe avait un intérêt suffisant pour présenter la requête, mais que la révocation en vertu de l’art. 41 devait lui être refusée dans les circonstances, estimant plutôt qu’Ivanhoe n’avait pas l’intérêt requis pour présenter la requête. En toute déférence, je ne puis souscrire à l’opinion du juge LeBel sur ces deux questions.

Il est vrai que si on utilise la date d’expiration de la convention collective intervenue entre Moderne et le syndicat (le 22 mai 1991), seuls huit mois séparent cette date de la date de la requête fondée sur l’art. 41 (le 14 janvier 1992). Toutefois, la convention collective en cause est intervenue entre Ivanhoe et le syndicat et non pas entre Moderne et le syndicat — c’est Ivanhoe qui présente la requête. Cette convention a expiré le 22 mai 1989. Le juge LeBel n’explique pas pourquoi le commissaire du travail et le Tribunal du travail ont eu tort de choisir la convention collective conclue par Ivanhoe, ni pourquoi il convient d’utiliser celle conclue par Moderne en l’espèce. La transmission de l’accréditation à Moderne, le 22 mai 1991,

169

170

by Ivanhoe. However, I cannot see why the Ivanhoe collective agreement should not be used for the purpose of calculating the waiting period required in order to simply make the request when both the labour commissioner and the Labour Court agreed that it should be used.

171 With respect to the second issue, the assessment of the merits of the application, LeBel J.A. upholds both the labour commissioner and the Labour Court in effect, i.e., Ivanhoe is denied the request for cancellation. But it is important to note that, unlike Judge Prud'homme who said that Ivanhoe did have sufficient interest to make the request, LeBel J.A. said: [TRANSLATION] "Ivanhoe did not have the necessary interest to obtain cancellation of the certification, since it no longer had any employees in its employ and since its accreditation was still in existence and active, but transferred to the assignees" (p. 76). This is another reversal of the Labour Court.

172 As the majority's position here indicates, the failure to defer to the decisions of the labour commissioner and the Labour Court on both of these issues is not necessarily connected to the Court of Appeal's commitment to the Labour Court's interpretation of s. 45. The majority agrees with this interpretation of s. 45 but also finds that the Labour Court was within its jurisdiction when interpreting and applying s. 41. I believe it is important to see how commitment to the retrocession interpretation of s. 45 can create difficulty in the application of s. 41.

173 At the Labour Court, Judge Prud'homme found that if Ivanhoe had no employees, it was impossible to assess them to see whether under s. 41(b) the Union represented the absolute majority of the employees — [TRANSLATION] "How can one speak of a majority if there are not even any 'heads' to count" (p. 606). The problem with this reasoning is that if s. 41 requires that an absolute majority of the employees support the union, it implies that (i) there must be employees, and (ii) having no

pourrait justifier le rejet de la requête d'Ivanhoe. Cependant, je ne vois pas pourquoi la convention collective d'Ivanhoe ne devrait pas servir à calculer le délai d'attente prescrit simplement pour présenter la requête, alors que le commissaire du travail et le Tribunal du travail ont tous les deux convenu qu'elle devrait être utilisée à cette fin.

Quant à la deuxième question, soit l'évaluation du bien-fondé de la requête, le juge LeBel rejette la requête en révocation présentée par Ivanhoe et confirme, par le fait même, la décision du commissaire du travail et du Tribunal du travail. Mais il importe de souligner que, contrairement au juge Prud'homme qui estimait qu'Ivanhoe avait un intérêt suffisant pour présenter la requête, le juge LeBel a dit : « Ivanhoe n'avait pas l'intérêt requis pour obtenir la révocation de l'accréditation, n'ayant plus de salariés à son emploi et, par ailleurs, son accréditation demeurant toujours existante et active, mais transférée chez ses concessionnaires » (p. 76). Il s'agit là d'une autre infirmation de la décision du Tribunal du travail.

Comme l'indique la position des juges majoritaires en l'espèce, l'omission de la Cour d'appel de s'en remettre aux décisions du commissaire du travail et du Tribunal du travail sur ces deux questions n'est pas nécessairement liée à son adoption de l'interprétation de l'art. 45 donnée par le Tribunal du travail. Les juges majoritaires souscrivent à cette interprétation de l'art. 45, mais ils concluent également que le Tribunal du travail a agi conformément à sa compétence en interprétant et en appliquant l'art. 41. Je crois qu'il est important de voir comment l'adoption de l'interprétation de l'art. 45 fondée sur la théorie de la rétrocession peut rendre difficile l'application de l'art. 41.

Au Tribunal du travail, le juge Prud'homme a conclu que, si Ivanhoe ne comptait aucun salarié, il était impossible d'aller vérifier auprès de ces derniers si le syndicat représentait la majorité absolue des salariés, en application de l'al. 41b) — « Comment parler de majorité s'il n'y a même pas de "têtes" à compter! » (p. 606). Le problème que pose ce raisonnement est que, si l'art. 41 exige que le syndicat bénéficie de l'appui de la majorité absolue des salariés, cela implique (i) qu'il doit y

employees is surely a satisfaction of the requirement that an absolute majority does not support the union. This logic is inescapable. Hence, the fact that Ivanhoe no longer has any of these employees (since they were transferred to Moderne in 1989) should not prevent it from having the certification canceled. If the certification should be canceled where there is not a majority, it should not be maintained where there is not one member. In other words, we are faced with a situation in which the union [TRANSLATION] “no longer comprises the absolute majority of the employees of the bargaining unit for which it was certified” (p. 606). It is, in my opinion, a patently unreasonable interpretation of s. 41 to accept that an employer who has three employees in a bargaining unit can ask whether there is majority support for the union and if there is not to have the union certification cancelled, but an employer who has no employees cannot ask (according to LeBel J.A.) or can ask but will be refused (according to Judge Prud’homme).

As the majority points out, Judge Prud’homme also based his refusal of Ivanhoe’s request on the temporary nature of the operation of the undertaking by another. He was of the view that the giver of work should not be allowed to rid itself of the certification and then either take back the work or give it to someone else by awarding new temporary contracts. Adding that he saw no harm in forcing the giver of work to wait until it was in the situation of being the actual employer again, he refused the request. His decision was, in effect, based on the consequences of accepting the revocation request of an employer like Ivanhoe and is the reflection of a policy choice.

The majority’s view is that Judge Prud’homme’s approach to this issue was not unreasonable. This approach is not inconsistent with *Bergeron* because the denial of the s. 41 request was not based solely on the absence of employees. However, as the

avoir des salariés et (ii) que l’absence de salariés satisfait sûrement à l’exigence que le syndicat ne bénéficie pas de l’appui de la majorité absolue. Cette logique est incontournable. Donc, le fait qu’Ivanhoe n’ait plus aucun de ces salariés à son emploi (puisqu’ils ont été transférés chez Moderne en 1989) ne doit pas l’empêcher de faire révoquer l’accréditation. Si l’accréditation doit être révoquée en l’absence d’appui de la majorité, il n’y a pas lieu de la maintenir dans le cas où il n’y a pas un seul membre. En d’autres termes, nous sommes confrontés à une situation où le syndicat « ne groupe plus la majorité absolue des salariés qui font partie de l’unité de négociation pour laquelle [il] a été accrédit[é] » (p. 606). J’estime que l’on donne une interprétation manifestement déraisonnable à l’art. 41 si on accepte, d’une part, qu’un employeur comptant trois salariés dans une unité de négociation peut demander de vérifier si le syndicat bénéficie de l’appui de la majorité et obtenir la révocation de l’accréditation du syndicat qui ne bénéficie pas de cet appui, mais d’autre part, qu’un employeur ne comptant aucun salarié ne peut pas en faire autant (selon le juge LeBel) ou peut en faire autant mais essuiera un refus (selon le juge Prud’homme).

Comme les juges majoritaires le font observer, le juge Prud’homme a également invoqué le caractère temporaire de la concession de l’entreprise pour rejeter la requête d’Ivanhoe. Il était d’avis qu’on ne devait pas permettre au donneur de travail de se débarrasser de l’accréditation pour ensuite reprendre le travail ou le confier à quelqu’un d’autre au moyen de nouveaux contrats temporaires. Ajoutant qu’il ne voyait aucun mal à forcer le donneur d’ouvrage à attendre d’être redevenu l’employeur réel, il a rejeté la requête. En fait, sa décision était fondée sur les conséquences de l’acceptation de la requête en révocation présentée par un employeur comme Ivanhoe, et elle reflète un choix de politique.

Les juges majoritaires sont d’avis que la façon dont le juge Prud’homme a abordé cette question n’était pas déraisonnable. Cette approche n’est pas incompatible avec la décision *Bergeron* étant donné que le rejet de la requête présentée en vertu

174

175

majority points out, the Labour Court has also said that where the absence of employees results from the temporary consignment of an undertaking, it is the temporary employer who must bring the s. 41 request. In other words, an employer like Ivanhoe has a sufficient interest to make the s. 41 request, but it must be denied on the merits because the undertaking is being temporarily exploited by another at the time of the request.

176 In my view, none of these ways of dealing with s. 41 work very well. Indeed, the Court of Appeal's preference for dealing with Ivanhoe's s. 41 request on a preliminary procedural basis, i.e., with regard to the calculation of the waiting period and the denial that Ivanhoe had a sufficient interest, may well illustrate the various weaknesses in denying the request on a substantive basis.

177 On the one hand, Judge Prud'homme's refusal of the request on the grounds that there are no employees to count suffers from the problem indicated above: if the certification must be revoked in the situation where a majority of the employees in the bargaining unit do not support it, it should not be maintained where there is not one member. As the majority points out, this approach would contradict *Bergeron* where it was said that the request cannot be refused because of an absence of employees. On the other hand, while Judge Prud'homme's temporary contract reasoning may well be another ground for refusing the request, I think it is, along with the Labour Court's approach, patently unreasonable.

178 In my view, once it is acknowledged that Ivanhoe has sufficient interest to make the s. 41 request and that its request cannot be refused on the grounds of an absence of employees, as dictated by *Bergeron*, it has in fact been conceded that Ivanhoe makes the s. 41 request because it has the status of present employer, regardless of the fact that the work has been temporarily given over to

de l'art. 41 n'était pas fondée uniquement sur l'absence de salariés. Toutefois, comme les juges majoritaires le soulignent, le Tribunal du travail a ajouté que, lorsque l'absence de salariés découle de la concession temporaire d'une entreprise, c'est l'employeur temporaire qui doit présenter la requête fondée sur l'art. 41. Autrement dit, un employeur comme Ivanhoe a un intérêt suffisant pour présenter la requête fondée sur l'art. 41, mais celle-ci doit être rejetée sur le plan du fond parce qu'au moment où elle est présentée, l'entreprise est exploitée temporairement par un tiers.

J'estime qu'aucune de ces manières d'aborder l'art. 41 ne fonctionne très bien. En réalité, le fait que la Cour d'appel ait préféré trancher la requête d'Ivanhoe fondée sur l'art. 41 sous l'angle préliminaire de la procédure (c'est-à-dire en s'attachant au calcul du délai d'attente et en ne reconnaissant pas à Ivanhoe un intérêt suffisant) peut bien illustrer les diverses faiblesses du rejet de cette requête sur le plan du fond.

D'une part, le rejet de la requête par le juge Prud'homme pour le motif qu'il n'y a aucun salarié à décompter pose le problème déjà mentionné : si l'accréditation doit être révoquée dans les cas où le syndicat accrédité ne bénéficie pas de l'appui de la majorité des salariés de l'unité de négociation, il n'y a pas lieu de la maintenir lorsqu'il n'y a pas un seul membre. Comme les juges majoritaires le font remarquer, ce point de vue contredirait la décision *Bergeron* voulant que la requête ne puisse pas être rejetée en raison de l'absence de salariés. D'autre part, même si le raisonnement du contrat temporaire suivi par le juge Prud'homme peut fort bien constituer un autre motif de rejeter la requête, j'estime que ce raisonnement et le point de vue adopté par le Tribunal du travail sont manifestement déraisonnables.

À mon avis, dès qu'on reconnaît qu'Ivanhoe a un intérêt suffisant pour présenter la requête fondée sur l'art. 41 et que sa requête ne peut pas être rejetée en raison de l'absence de salariés, comme le précise la décision *Bergeron*, on admet en fait qu'Ivanhoe présente cette requête en raison de son statut d'employeur actuel, indépendamment du fait que le travail a été temporairement confié à un

another. However, both Judge Prud'homme's position that Ivanhoe must wait until it re-activates its status as an active employer in order to succeed in its request and the Labour Court policy that only the temporary employer can succeed in having a determination of the representative nature of the association verified for its employees use the s. 45 understanding of "former employer" as potential employer. In other words, its status as the one who was once doing the work and who can take back the work and do it itself or the one who can pass it on by awarding another contract justifies the refusal of Ivanhoe's request for the cancellation of the certification.

I do not see how Ivanhoe can be considered the present employer (i.e., the potential employer) for the purposes of making the s. 41 request but is considered a previous employer in the rationale for the denial of the request. If it is the present employer, it should be given the right to obtain verification of the certification based on the employees it has — in this case none. Using its status as the previous employer when it has already been attributed the role of present employer in the analysis does not seem logical to me. It cannot be both one and the other for the purposes of the same analysis.

The Labour Court's interpretations of ss. 45 and 41 prevent Ivanhoe from canceling the union certification and later resuming janitorial service with its own employees in a non-unionized context or passing the work on by awarding new contracts. This is why Ivanhoe is read in as the "potential employer" under s. 45 but is denied a determination of union support under s. 41. While preventing the "ousting" of a union from a unionized workplace may be a laudable social policy goal, it must operate within the framework provided by the Legislature. It must be related to a legislative goal and be a response to a situation that requires government action in order to protect actual employees. It cannot be an artifice. In my opinion, the furtherance of this goal in the present case is

tiers. Toutefois, l'interprétation de l'expression « l'employeur précédent » utilisée à l'art. 45 comme signifiant l'employeur potentiel se retrouve tant dans le point de vue du juge Prud'homme, selon lequel Ivanhoe doit attendre d'être redevenu l'employeur réel pour que sa requête soit accueillie, que dans la politique du Tribunal du travail, selon laquelle seul l'employeur temporaire peut faire vérifier le caractère représentatif de l'association en ce qui concerne ses salariés. En d'autres termes, le fait qu'Ivanhoe est l'entreprise qui exécutait le travail auparavant et qui peut le récupérer et l'exécuter elle-même ou qu'elle est l'entreprise qui peut le transférer en accordant un autre contrat justifie le rejet de sa requête en révocation de l'accréditation.

Je ne vois pas comment Ivanhoe peut être considérée comme étant l'employeur actuel (c'est-à-dire l'employeur potentiel) lorsqu'elle présente la requête fondée sur l'art. 41, mais comme étant un employeur précédent dans le raisonnement à l'appui du rejet de la requête. Si elle est l'employeur actuel, elle devrait avoir le droit de faire vérifier de l'accréditation en fonction des salariés qu'elle compte — en l'espèce, aucun. Le recours à son statut d'employeur précédent alors qu'elle s'est déjà vu attribuer celui d'employeur actuel dans l'analyse me semble illogique. Elle ne peut pas être à la fois l'un et l'autre pour les fins de la même analyse.

Selon l'interprétation des art. 45 et 41 donnée par le Tribunal du travail, Ivanhoe ne peut pas faire révoquer l'accréditation syndicale et ensuite confier de nouveau à ses propres salariés la prestation de services d'entretien ménager dans un milieu de travail non syndiqué, ou encore transférer le travail au moyen de nouveaux contrats. Voilà pourquoi Ivanhoe est considérée comme l'« employeur potentiel » aux termes de l'art. 45, mais voit sa demande visant à déterminer, en vertu de l'art. 41, l'appui dont bénéficie le syndicat refusée. Bien qu'empêcher un syndicat d'être évincé d'un milieu de travail syndiqué puisse être un objectif de politique sociale louable, cela doit se faire à l'intérieur du cadre établi par le législateur. Cette mesure doit être liée à un objectif législatif et constituer une

179

180

not something that the text of these two provisions can reasonably bear.

181 As the above analysis indicates, enlisting these provisions in support of this goal does not work very well. In my view, the fact that this is not a true successorship situation explains why no one has said that the collective agreement should pass with the certification under the retrocession argument. I believe that the successorship provision in s. 45 should be reserved for true successorship situations. Commitment to an artificial interpretation of s. 45 leads to an illogical position with respect to s. 41 in which the giver of work is treated both as the present employer (i.e., potential employer) for the purposes of making the request and as the former employer in the decision to determine union support in relation to the temporary employer. This approach to s. 41 is dictated by the need to avoid defeating the initial purpose of the retrocession interpretation of s. 45.

182 It is my opinion that we should not let commitment to a forced interpretation of s. 45 produce this kind of ripple effect. If the Legislature wishes to extend the protection offered by s. 45 to situations that are not contemplated under the *Bibeault* interpretation, it is empowered to do so. However, it is not the function of the Labour Court or of this Court to rewrite s. 45. It is my view that even as the law has been changed by *Ajax*, a legal relation between successive employers is required in order to trigger the successorship provision.

183 With all due respect to those who disagree, I believe that it is patently unreasonable: (i) to use an approach to the definition of an undertaking that is inconsistent with *Bibeault*; and (ii) to adopt an interpretation of s. 45 that is not supported by the text of that provision and that results in the

réponse à une situation qui exige que le gouvernement agisse pour protéger des salariés réels. Il ne peut pas s'agir d'un stratagème. À mon avis, le texte de ces deux dispositions ne se prête pas raisonnablement à l'atteinte de cet objectif.

Comme l'indique l'analyse qui précède, ces dispositions ne se prêtent pas très bien à la réalisation de cet objectif. À mon avis, le fait que nous ne soyons pas en présence d'une concession véritable d'entreprise explique pourquoi personne n'a affirmé que la convention collective devait être transmise avec l'accréditation selon la théorie de la rétrocession. Je crois que la disposition relative à la succession d'entreprise contenue à l'art. 45 ne doit s'appliquer qu'aux concessions véritables d'entreprises. L'adoption d'une interprétation artificielle de l'art. 45 mène à une interprétation illogique de l'art. 41, selon laquelle le donneur d'ouvrage est considéré à la fois comme étant l'employeur actuel (c'est-à-dire l'employeur potentiel) pour les fins de la requête et comme étant l'employeur précédent lorsqu'il s'agit de déterminer l'appui dont bénéficie le syndicat en ce qui concerne l'employeur temporaire. Cette interprétation de l'art. 41 est dictée par la nécessité d'éviter de contrecarrer l'objet initial de l'interprétation de l'art. 45 fondée sur la théorie de la rétrocession.

Selon moi, nous ne devons pas permettre que l'adoption d'une interprétation forcée de l'art. 45 ait ce genre d'effet d'entraînement. Si le législateur souhaite étendre la protection de l'art. 45 aux cas non visés par l'interprétation donnée dans l'arrêt *Bibeault*, il a le pouvoir de le faire. Il n'appartient toutefois ni au Tribunal du travail ni à notre Cour de réécrire l'art. 45. J'estime que, même si l'arrêt *Ajax* a modifié la règle, l'existence d'un lien de droit entre employeurs successifs est nécessaire pour que la disposition relative à la succession d'entreprise s'applique.

En toute déférence pour ceux qui ne partagent mon avis, je crois qu'il est manifestement déraisonnable (i) d'aborder la définition de la notion d'entreprise d'une manière incompatible avec l'arrêt *Bibeault*, et (ii) d'adopter une interprétation de l'art. 45 qui n'est pas appuyée par le libellé de



other difficulties I have indicated above. I would, therefore, allow the appeal of Ivanhoe and the contractors. Consequently, the Union's appeal must be dismissed.

*Appeals dismissed with costs, BASTARACHE J. dissenting in part.*

*Solicitors for the appellants/respondents/mis en cause Ivanhoe inc., Service d'entretien Empro inc. and Compagnie d'entretien d'édifice Arcade ltée: Lavery, de Billy, Laval.*

*Solicitors for the appellant/respondent/mis en cause Distinction Service d'entretien inc.: Loranger, Marcoux, Montréal.*

*Solicitor for the respondent/appellant United Food and Commercial Workers, Local 500: Robert Laurin, Sainte-Julie, Québec.*

*Solicitors for the respondent Labour Court: Bernard, Roy & Associés, Montréal.*

cette disposition et qui entraîne les autres difficultés que j'ai mentionnées précédemment. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi d'Ivanhoe et des entrepreneurs. Le pourvoi du syndicat doit donc être rejeté.

*Pourvois rejetés avec dépens, le juge BASTARACHE est dissident en partie.*

*Procureurs des appelantes/intimées/mises en cause Ivanhoe inc., Service d'entretien Empro inc. et Compagnie d'entretien d'édifice Arcade ltée: Lavery, de Billy, Laval.*

*Procureurs de l'appelante/intimée/mise en cause Distinction Service d'entretien inc.: Loranger, Marcoux, Montréal.*

*Procureur de l'intimé/appelant Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 500: Robert Laurin, Sainte-Julie, Québec.*

*Procureurs de l'intimé le Tribunal du travail: Bernard, Roy & Associés, Montréal.*