

ACTES DU FORUM DROITS ET LIBERTÉS

L'équité entre générations et les clauses « orphelins » : des droits à défendre

Organisé par

**LA COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE
ET DES DROITS DE LA JEUNESSE**

en collaboration avec

**FORCE JEUNESSE
et
LE PONT ENTRE LES GÉNÉRATIONS**

Juillet 1999

**L'équité entre générations et les clauses « orphelins » :
des droits à défendre**

**Actes du Forum Droits et Libertés
Tenu le 12 avril 1999
à l'Hôtel de l'Institut du tourisme et de l'hôtellerie du Québec, Montréal**

Forum tenu sous la direction de :

*Maryse Alcindor, directrice
Direction de la coopération*

Coordination du Forum :

***Ghislaine Patry-Buisson**, agente de coopération
Direction de la coopération*

et

***M^e Michel Coutu**, conseiller juridique
Direction de la recherche et de la planification*

Secrétariat :

*Line Laberge et Monique Soulard
Direction de la coopération*

Traitement de texte et mise en page :

*Chantal Légaré
Direction de la recherche et de la planification*

Graphisme :

*Marie-Denise Douyon
Direction des communications*

Dépôt légal
Bibliothèque nationale du Québec
Bibliothèque nationale du Canada
ISBN 2-550-34799-4

TABLE DES MATIÈRES

Conférence d'ouverture

<i>M^e Claude Fillion</i> , président, CDPDJ L'équité entre générations et les clauses « orphelins » : des enjeux majeurs pour la société québécoise	1
--	---

Panélistes

<i>M^e Michel Coutu</i> , conseiller juridique, CDPDJ L'équité entre générations et les clauses « orphelins » : l'impact de la <i>Charte des droits et libertés de la personne</i>	7
<i>M. Éric Morin</i> , président Comité des jeunes de la CSN Éliminer les clauses « orphelins »	19
<i>M^e Manon Savard</i> , associée Ogilvy Renault Perspectives patronales	29
<i>M^e Marie-France Bich</i> , professeur, Faculté de droit, Université de Montréal Clauses orphelins et devoir de juste représentation : quelques réflexions en forme de réquisitoire	47
<i>M. François Rebello</i> , président, Force Jeunesse Au-delà des corporatismes	71

L'ÉQUITÉ ENTRE GÉNÉRATIONS ET LES CLAUSES « ORPHELINS » : DES ENJEUX MAJEURS POUR LA SOCIÉTÉ QUÉBÉCOISE

M^e Claude FILION, président
Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse

Suite à la Commission parlementaire de l'économie et du travail tenue en août dernier sur la question des clauses « orphelins », le Premier ministre, M. Lucien Bouchard, a annoncé lors du Discours inaugural le dépôt d'un projet de loi sur ce sujet. Dans ce contexte, la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse tient à faire connaître sa position sur les clauses « orphelins » et à spécifier les prémisses d'une éventuelle intervention de sa part en regard de ce projet de loi.

I LES CLAUSES « ORPHELINS » : UNE PRÉOCCUPATION CENTRALE DE LA COMMISSION DEPUIS 1990

Dès 1990, la Commission prenait position sur la question des clauses orphelins

Dans son avis de 1990¹, la Commission faisait observer que les clauses « orphelins », bien que ne mettant pas *directement* en cause l'un ou l'autre des critères visés à l'article 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne*², pouvaient néanmoins produire des effets *indirectement* discriminatoires, en particulier quant aux personnes qui intègrent le marché du travail, au premier chef les jeunes, mais aussi les femmes et les immigrants. La discrimination indirecte se produit, rappelons-le, lorsqu'une règle neutre à première vue, d'application générale, a des effets

¹ Conformité avec la *Charte des droits et libertés de la personne* du projet de loi modifiant la *Loi sur les normes du travail*, Commission des droits de la personne du Québec, le 2 novembre 1990, COM-350-9.1.4. Voir les pages 20 à 26.

² L.R.Q., c. C-12.

discriminatoires sur une catégorie de personnes. Par exemple, on exigeait autrefois que les policiers possèdent une taille largement supérieure à celle de la moyenne de la population; une telle exigence avait pour effet d'exclure la très grande majorité des femmes de l'accès à la fonction de policière. Cette exigence constituait de fait de la discrimination indirectement fondée sur le sexe.

Soulignons par ailleurs que déjà dans cet avis de 1990, la Commission recommandait que la *Loi sur les normes du travail* soit modifiée, de manière à ce que les clauses « orphelins » soient réputées discriminatoires.

En avril 1998, suite en particulier au grand nombre de clauses « orphelins » insérées dans les conventions collectives dans le cadre des négociations dans le secteur municipal, la Commission adoptait un nouvel avis sur cette question

Ce nouvel avis de la Commission³ s'insérait dans le prolongement de sa position antérieure, tout en précisant celle-ci, notamment au regard de l'article 19 de la Charte, lequel garantit le droit à un traitement ou salaire égal, sans discrimination, mais prévoit qu'une différence de traitement peut être fondée sur l'expérience, l'ancienneté, la durée du service..., *si ces critères sont communs à tous les membres du personnel.*

³ *La rémunération à double palier et les autres clauses dites « orphelins » dans les conventions collectives : conformité au principe de non-discrimination*, le 24 avril 1998, COM-428-5.1.4.

Enfin, en août dernier, la Commission a présenté un mémoire sur les clauses « orphelins » devant la Commission parlementaire de l'économie et du travail

Ce mémoire⁴, adopté unanimement par les Commissaires, se livrait en particulier à une critique de l'analyse et des positions mises de l'avant par le document de réflexion *Vers une équité intergénérationnelle*⁵. Ce document favorisait la conclusion d'un « Pacte social » à l'initiative des parties patronales et syndicales, et s'opposait à toute intervention législative en matière de « clauses orphelins »⁶. La Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse s'est prononcée sur ce sujet en Commission parlementaire de l'Assemblée nationale, exprimant son complet désaccord avec cette position et réitérant « sa conviction à l'effet que le Législateur doit, de toute nécessité, modifier la législation du travail afin d'éliminer tout élément discriminatoire rattaché aux clauses de rémunération à double palier et autres clauses dites orphelins »⁷.

II DU POINT DE VUE DE LA CHARTE : DES SITUATIONS DE DISCRIMINATION INDIRECTE DEVANT ÊTRE DÉMONTRÉES

La position de la Commission doit être bien comprise. Nous ne soutenons pas que toutes les clauses orphelins sont automatiquement discriminatoires. Nous sommes ici dans le domaine de la discrimination indirecte : il doit être établi, **dans chaque cas**, qu'une distinction fondée sur la date d'embauche a un effet discriminatoire contraire à la Charte, fondé sur l'âge, le sexe, l'origine ethnique ou nationale – pour reprendre ces critères mentionnés à l'article 10 et qui correspondent aux segments de la population qui risquent de subir les effets préjudiciables de

⁴ *Mémoire à la Commission de l'économie et du travail sur la rémunération à double palier et les autres clauses dites « orphelins » dans les conventions collectives*, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, le 17 août 1998, COM-431-3.2.

⁵ *Vers une équité intergénérationnelle. Document de réflexion sur les clauses « orphelins » dans les conventions collectives*, Ministère du Travail, 11 juin 1998.

⁶ *Id.*, p. 8 et s.

⁷ *Op. cit.*, p. 21.

telles conditions de travail. Le sens commun veut évidemment que la main-d'œuvre nouvellement embauchée soit généralement composée de salariés plus jeunes.

Mais ce n'est pas toujours le cas. Dans toute situation qui sera portée à sa connaissance relativement aux clauses orphelins, la Commission devra se livrer à un **processus d'enquête, lourd et complexe**, faisant appel à des preuves statistiques; comme la jurisprudence n'est pas fixée en ce domaine, il faut s'attendre à ce que la démarche de la Commission soit fortement contestée par les organisations et institutions mises en cause. On se rend compte aisément de l'investissement considérable qui serait exigé de la part de la Commission, en termes de ressources et de temps.

Par ailleurs, ce n'est certainement pas un hasard si **très peu de plaintes ont été à ce jour déposées à la Commission**, et ce même si le phénomène des clauses orphelins affecte beaucoup de salariés. Bien peu de salariés nouvellement embauchés – cela se comprend aisément – sont prêts à prendre le risque de se mettre à dos à la fois l'employeur et l'organisation syndicale. En outre, la complexité de la démarche d'enquête (preuve statistique d'une discrimination indirecte) est un facteur supplémentaire risquant de décourager les plaignants éventuels.

III LE REMÈDE APPROPRIÉ : L'INTERVENTION DU LÉGISLATEUR

C'est pourquoi, comme la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse le recommande depuis plusieurs années, le seul remède véritablement approprié en matière de clauses orphelins, demeure l'intervention de Législateur. **Cette intervention doit avoir l'ampleur et la portée correspondant au degré de diffusion des clauses « orphelins » dans la société** : celles-ci se retrouvent tant dans le secteur privé que dans le secteur public, tant chez les non syndiqués que chez les syndiqués. En conséquence, la Commission croit indispensable que tous les salariés, sans exception, soient protégés contre la présence de clauses

orphelins et elle favorise à cette fin des modifications, en particulier, à la *Loi sur les normes du travail*⁸.

Également, comme elle l'a signalé dans son mémoire en Commission parlementaire, **la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse ne pourra se satisfaire d'une demi-mesure**, qui autoriserait toutes sortes de stratégies d'évitement et laisserait en définitive le problème subsister en entier. Nous voulons parler ici de la fameuse distinction entre clauses orphelins « permanentes » et « temporaires ». La clause permanente est celle qui ne permet jamais aux nouveaux salariés d'atteindre le niveau de rémunération consenti aux salariés déjà en place. Alors que la clause temporaire autorise en principe – en principe car la route peut être fort longue – les nouveaux salariés à rejoindre ce niveau plus avantageux de rémunération. Interdire simplement les clauses à effet permanent ne serait certainement pas un remède adéquat. Le document *Vers une équité intergénérationnelle?* du Ministère du Travail – que nous avons critiqué sur nombre de points – affirme cependant, avec raison, qu'une telle interdiction serait facile à contourner : « si l'on reprend l'exemple d'une interdiction visant les clauses ayant un effet permanent, il serait possible, entre autres, **de la contourner en allongeant de façon excessive la période permettant aux nouveaux salariés d'atteindre les mêmes conditions de travail que les anciens ou en reportant indéfiniment cette étape de convention en convention** »⁹.

Il importe en conséquence que les modifications à la législation du travail visent toutes les formes de clauses « orphelins », et ne se limitent pas aux situations (apparemment) les plus extrêmes, soit les clauses à effet permanent. Que la discrimination soit temporaire ou permanente, qu'elle survienne dans le secteur privé ou dans les secteurs public, péripublic ou parapublic, qu'elle affecte des non-syndiqués ou des syndiqués, n'enlève rien au fait que toute

⁸ L.R.Q., c. N-1.1.

⁹ *Vers une équité intergénérationnelle. Document de réflexion sur les clauses « orphelins » dans les conventions collectives, op. cit.*, p. 10.

forme de discrimination découlant de la présence de clauses « orphelins » doit être fermement éradiquée.

IV DES ENJEUX FONDAMENTAUX POUR LA SOCIÉTÉ QUÉBÉCOISE

Si la Commission accorde une telle importance à la question des clauses « orphelins » et de l'équité intergénérationnelle, c'est que **cette question soulève des enjeux fondamentaux pour la société québécoise**. Les jeunes, considérés globalement, forment un segment de la population dont la condition, en termes de niveau de vie et surtout de perspectives futures d'emploi et de rémunération, apparaît particulièrement défavorisée. Le phénomène des clauses orphelins participe de cette vulnérabilité des jeunes se trouvant sur le marché de l'emploi, vulnérabilité que la génération précédente, en règle générale, n'a pas éprouvée d'une manière aussi aiguë. C'est ici qu'on doit faire intervenir une considération supplémentaire, qu'on pourrait appeler le **relais intergénérationnel**. L'évolution d'une collectivité ne se conçoit pas uniquement par rapport à la génération présente, celle qui préside – en un sens large – aux destinées de l'État et de la société civile, mais par rapport aux générations qui seront appelées demain à être porteuses du développement socio-économique, politique et culturel. Pour utiliser une métaphore, l'évolution de la société québécoise peut se comparer ainsi à une *course de relais* : ne pas légiférer maintenant reviendrait à transmettre à la jeune génération en guise de « témoin », un héritage complètement délabré. Le message clair qu'il faut donner ici, c'est que les jeunes déjà sur le marché du travail, intégrant ce marché ou s'y préparant, **doivent être considérés comme des citoyens à part entière**, comme tous les autres citoyens du Québec, indépendamment de l'âge. Et il est très important que le Gouvernement du Québec communique ce message, en évitant toute ambiguïté, aux jeunes québécois, en affichant sa ferme volonté d'éliminer, par intervention législative, toute discrimination à leur endroit. C'est là une question de justice et d'équité, mais aussi de bon sens; car ne pas reconnaître les compétences et les talents des jeunes en se refusant à les rémunérer de manière équitable, c'est hypothéquer l'avenir, non seulement de cette génération, mais aussi de la société dans son ensemble.

L'ÉQUITÉ ENTRE GÉNÉRATIONS ET LES CLAUSES « ORPHELINS » : L'IMPACT DE LA CHARTE DES DROITS ET LIBERTÉS DE LA PERSONNE

M^e Michel COUTU

Conseiller juridique, Direction de la recherche et de la planification
Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse

Dans le cadre de cet exposé, je vais expliciter, en tenant compte de la dimension socio-économique et de la dimension juridique, la position qu'a défendue la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse devant la Commission parlementaire de l'économie et du travail en août dernier¹. Il me paraît important de revenir sur la position défendue par la Commission des droits, notamment *parce que cette position de la Commission conditionne évidemment la réaction qui sera la sienne*, face à une éventuelle intervention législative en ce domaine. En conclusion, je dirai quelques mots des paramètres qui doivent guider une telle intervention du Législateur; je reviendrai également sur l'idée du *lien existant entre le phénomène des clauses orphelins et la notion de citoyenneté*; à mon avis, ce lien est très important pour comprendre l'ampleur du débat que suscite la question des clauses orphelins.

I LA RÉMUNÉRATION À DOUBLE PALIER EN CONTEXTE QUÉBÉCOIS

Avant tout chose, il importe d'abord de se demander de quels types de phénomènes il s'agit, lorsque l'on parle de clauses « orphelins ». J'en proposerai tout à l'heure une définition juridique, que je reprends en fait à l'Association du Barreau canadien. Mais pour le moment, je me limiterai aux approches socio-économiques de la question.

¹ *Mémoire à la Commission de l'économie et du travail sur la rémunération à double palier et les autres clauses dites « orphelins » dans les conventions collectives*, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, août 1998, COM-431-3.2.

Sous cet angle, je me suis appuyé pour l'essentiel sur les études conduites par le CRSMT (le Centre de recherche et de statistiques sur le marché du travail – Ministère du Travail du Québec). Les résultats de ces recherches ont été diffusés en 1988 et en 1992.

Pour les fins de l'exposé, je vais surtout m'en remettre à l'étude la plus récente du CRSMT, soit celle de 1992, qui a de fait servi de fondement à notre analyse, du moins sur le plan conceptuel². Cette étude de 1992 a porté, pour la période 1985-1990, sur l'ensemble des conventions collectives concernant 100 salariés et plus, et comportant une clause de rémunération à double palier. Pour les fins de la recherche, une clause à double palier était définie comme toute disposition d'une convention collective établissant « deux ou plusieurs échelles de salaires distinctes pour une même occupation, séparant les salariés en fonction de leur date d'entrée au service de l'employeur »³.

L'introduction de « clauses orphelins », sous la forme de la rémunération à double palier, est apparue aux États-Unis dès 1976, mais a connu une certaine prolifération à partir des années 1980. Cette pratique visait essentiellement à résoudre le dilemme de certains employeurs désireux de réduire leurs coûts de main-d'œuvre sans s'aliéner leurs employés déjà en fonction. Cet essor des *two-tier wage plans* s'inscrivait dans un contexte de dérégulation (dans le domaine des transports par exemple) et de vive concurrence en provenance du secteur non syndiqué⁴. Au Canada et au Québec la pratique du double palier de rémunération fut introduite vers le milieu des années 1980.

² « La rémunération à double palier dans les conventions collectives au Québec. Évolution de la situation entre 1985 et 1990 », *Le Marché du Travail*, novembre 1992, p. 9-10; 78-87.

³ *Id.*, p. 9.

⁴ Cf. Marvin J. LEVINE, « The Evolution of Two-Tier Wage Agreements : Bane or Panacea in Labor-Intensive Industries », (1989) *Labor Law Journal* 12-20. David J. WALSH, « Accounting for the Proliferation of Two-Tier Wage Settlements in the U.S. Airline Industry, 1983-1986 », *Industrial and Labor Relations Review*, vol.42, no 1, 1988, p. 50-62.

L'étude du CRSMT distingue – et ceci est tout à fait capital – entre deux types fondamentaux de clause à double palier : la *clause à effet permanent*, qui n'autorise jamais les nouveaux salariés à rejoindre la structure de progression des salariés plus anciens; la *clause à effet temporaire*, qui permet aux nouveaux salariés d'atteindre éventuellement le plafond salarial le plus avantageux. Ces clauses à effet temporaire peuvent revêtir des formes très variées : par exemple, un ajout d'échelons inférieurs pour les nouveaux salariés ou une progression plus lente dans l'échelle salariale. Dans son étude antérieure de mars 1988⁵, le CRSMT observait également, sans s'y attarder, qu'il existe en outre des clauses à double palier déguisées : par exemple, lorsqu'il y a allongement de la période de probation – ce qui a pour effet de maintenir les nouveaux salariés au bas de l'échelle salariale plus longtemps⁶.

Pendant la période examinée par l'étude du CRSMT (celle de 1992), seule une minorité de conventions collectives étaient concernées par ce phénomène, soit 6,3 %. Si l'on procède toutefois à une **ventilation de ces résultats par secteurs d'activité**, on observe une présence de beaucoup supérieure à ce taux dans le domaine du commerce (37,1 % en 1990) et de l'administration publique (17,2 %). Une étude plus récente de la Direction de l'analyse des conditions de travail et de la rémunération du Ministère du Travail, portant sur la période de 1991 à 1997, corrobore en gros ces données – encore que les chiffres avancés tendraient cependant à indiquer une baisse importante de la présence des clauses orphelins⁷.

Par ailleurs, pour ce qui est du secteur de l'administration publique, il semble toutefois que le taux d'incidence de clauses orphelins soit appelé à croître de manière notable, suite aux dernières négociations dans le secteur municipal. C'est ce que tend à démontrer une étude réalisée en

⁵ Johanne PES, Anne-Marie BLANCHET, « La rémunération à double ou à multiples paliers dans les conventions collectives en vigueur au Québec », *Le Marché du Travail*, mars 1998.

⁶ *Id.*, p. 80.

⁷ *La rémunération à double palier dans les conventions collectives au Québec. Évolution de la situation entre 1991 et 1997*, Direction de l'analyse des conditions de travail et de la rémunération, Ministère du Travail, 15 mai 1998.

février 1998 par Rock Beudet (*Le pont entre générations*) et portant sur les négociations collectives dans une soixantaine de villes québécoises⁸. 64,5 % des villes ayant conclu un accord, avec au moins une de leurs unités syndicales, ont eu recours à une clause orphelin permanente ou temporaire. Bien sûr, le taux de 64,5 % qui ressort de cette étude ne doit pas être comparé aux chiffres avancés par le CRSMT, puisque ce taux – qui s'appuie par ailleurs sur une recherche qui demeure partielle – vise des municipalités et non une proportion précise de conventions collectives. Cela dit, il paraît évident que la rémunération à double palier et ses dérivés constitue un phénomène suffisamment persistant au Québec, soulevant par ailleurs de nombreux doutes quant à sa légalité, pour justifier un examen attentif de sa conformité avec le principe de non-discrimination garanti par l'article 10 de la Charte québécoise.

II LA PORTÉE DU PRINCIPE DE NON-DISCRIMINATION

Je crois utile de partir d'une définition à caractère juridique du phénomène des « clauses orphelins ». Plusieurs définitions ont été proposées; je retiens pour ma part celle mise de l'avant par l'Association du Barreau canadien (division du Québec), lors de la Commission parlementaire d'août 1998⁹. Pour l'Association du Barreau canadien, il s'agit de toute « clause qui a pour objet de soumettre, en fonction de leur date d'embauche, un ou plusieurs salariés à des conditions de travail moindres que celles consenties aux autres salariés qui accomplissent un travail équivalent au sein de l'entreprise ». Cette définition est suffisamment large pour englober tous les phénomènes qu'on voit rattaché, au gré des analyses, à la notion, passablement floue, de « clauses orphelins »¹⁰.

⁸ Rock BAUDET, *Les clauses « orphelins » dans le secteur municipal*, Montréal, Le Pont entre les générations, 24 février 1998.

⁹ *Mémoire sur les clauses orphelins de la section droit du travail de l'Association du Barreau canadien – division Québec – présenté à la Commission parlementaire de l'économie et du travail*, août 1998, p. 5.

¹⁰ Ceci ne doit pas laisser dans l'ombre les divergences nombreuses existant entre la position défendue par la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, et celle de l'Association du Barreau canadien.

Reste à voir toutefois, si de telles clauses, ainsi définies, peuvent pour autant être qualifiées de « discriminatoires ». Les clauses de rémunération à double palier et autres dispositions des conventions collectives opérant une distinction entre les nouveaux salariés et les salariés déjà en place, une telle distinction, à l'évidence, ne peut se rattacher directement à l'un des critères énoncés à l'article 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne*¹¹.

Toutefois, de telles distinctions peuvent constituer de la **discrimination indirecte** au regard de l'article 10 de la Charte. Pour rappeler la définition qu'en donne la Cour suprême : « Cette forme de discrimination peut survenir tout à fait involontairement dans le cas où un employeur adopte une règle, une norme ou une procédure qui est neutre à première vue et qui s'applique également à tous les employés, mais qui a néanmoins un effet discriminatoire sur un employé en raison d'une caractéristique quelconque de cet employé ou de ce groupe d'employés, comme par exemple leur religion »¹². Je souligne à cet égard que la Cour d'appel du Québec, dans la décision *Desroches c. Commission des droits de la personne du Québec*, a analysé, sous l'angle de la discrimination indirecte, une situation se rapportant au critère de l'âge¹³.

En l'occurrence, le fait pour l'employeur et pour le syndicat d'introduire dans la convention collective une norme établissant un double palier de rémunération (ou toute autre mesure comportant un désavantage pour les nouveaux salariés) peut entraîner, de l'avis de la Commission des droits, des situations indirectement discriminatoires, au premier chef sur la base de l'âge. Dans de tels cas, une preuve statistique¹⁴ s'avérera toutefois indispensable, qui comparera la situation du groupe désavantagé (les nouveaux salariés) à celle du groupe-témoin (les salariés plus anciens) du point de vue de l'âge. S'il s'agit de normes récemment introduites, la comparaison pourra

¹¹ L.R.Q., c. C-12.

¹² *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525 (j. Cory).

¹³ [1997] R.J.Q. 1540 (C.A.).

¹⁴ Sur les modes de preuve statistique en matière de discrimination indirecte, voir : Pierre BOSSET, *La discrimination indirecte dans le domaine de l'emploi. Aspects juridiques*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989, p. 72 et s.

s'effectuer entre les salariés déjà à l'emploi de l'entreprise, et la main-d'œuvre disponible pour le type d'emploi concerné. Dans la plupart des cas, un écart significatif devrait être relevé, du point de vue de l'âge. Je signale à cet égard que le CRSMT, dans son étude de 1988, indiquait que « le résultat de (telles) clauses est effectivement de pénaliser surtout des jeunes »¹⁵.

Par ailleurs, dans les secteurs d'activité où se produit une recomposition de la main-d'œuvre (avec présence accrue des femmes et des minorités ethniques ou nationales), il est possible que l'introduction de la rémunération à double palier (et autres mesures similaires) ait un effet négatif disproportionné sur les femmes¹⁶ et les minorités, dans la mesure où ces catégories de salariés sont davantage présentes parmi les candidats aux postes visés par les clauses dites « orphelins ». Preuve statistique à l'appui, il serait possible de démontrer, en ce dernier cas, que la clause « orphelin » entraîne de la discrimination indirecte à l'endroit de ces catégories de la population.

III LES EXCEPTIONS AU PRINCIPE DE NON-DISCRIMINATION : L'ARTICLE 19, 2^{ième} ALINÉA, DE LA CHARTE

Il faut cependant tenir compte du droit en cause, savoir le droit à un traitement ou salaire égal pour un travail équivalent. En effet, pour qu'il y ait discrimination au sens de la Charte, trois éléments doivent être présents : une distinction, exclusion ou préférence, fondée sur l'un des critères interdits énoncés à l'article 10 et ayant pour effet de détruire ou de compromettre le droit à l'égalité¹⁷. Cette dernière exigence soulève la question de la portée de l'article 19 de la Charte, qui prévoit le droit à un traitement ou salaire égal pour un travail équivalent, et en

¹⁵ Johanne PES, Anne-Marie BLANCHET, « La rémunération à double ou à multiples paliers dans les conventions collectives en vigueur au Québec », *loc. cit.*, p. 86. Pour une étude d'ensemble, voir Lucie France DAGENAIS, « La question des jeunes et la stratégie d'emploi jeunesse. Éléments de réflexion », *Cahiers de recherche sociologique*, n° 31, 1998, p. 53-78.

¹⁶ V. Sylvain LEPAGE, « Les pratiques défavorables au nouveau salarié dans la convention collective : le cas de la double échelle », (1989) 30 *Les Cahiers de Droit* 525-542.

¹⁷ *Forget c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 90. *Johnson c. Commission des affaires sociales*, [1984] C.A. 61.

particulier de son second alinéa, lequel établit une série d'exceptions au principe de non-discrimination.

L'article 19 est ainsi rédigé :

« Tout employeur doit, sans discrimination, accorder un traitement ou un salaire égal aux membres de son personnel qui accomplissent un travail équivalent au même endroit.

Il n'y a pas de discrimination si une différence de traitement ou de salaire est fondée sur l'expérience, l'ancienneté, la durée du service, l'évaluation au mérite, la quantité de production ou le temps supplémentaire, si ces critères sont communs à tous les membres du personnel ».

À l'instar du CRSMT, je crois important d'opérer une distinction – essentiellement pour des fins analytiques – entre les clauses orphelins à portée permanente (qui établissent deux échelles complètement distinctes de rémunération) et celles à portée temporaire. L'article 19 exige que les éléments énoncés (expérience, ancienneté, durée du service) soient « communs à tous les membres du personnel ». Or les clauses permanentes ne répondent pas à cette norme, puisqu'elles impliquent l'établissement d'échelles *salariales totalement distinctes* suivant les catégories de personnel concernées.

Le cas des clauses temporaires est plus complexe, car ces clauses revêtent un aspect davantage neutre : par exemple, une échelle salariale comportant dorénavant deux ou trois échelons supplémentaires aux niveaux inférieurs, peut paraître à priori, puisqu'elle s'applique **théoriquement** à tous, reposer sur un « critère commun à l'ensemble du personnel » soit l'ancienneté ou la durée du service.

Il faut toutefois tenir compte du fait que l'article 19, al. 2, de la Charte doit s'interpréter de manière **restrictive**, puisqu'il s'agit d'une exception au principe de non-discrimination¹⁸; et qu'en outre une appréciation de la portée de telles exceptions doit être fonction d'un critère **objectif**.¹⁹ Par exemple, au regard de l'exception prévue par l'article 20 de la Charte, un lien rationnel objectif doit exister entre les qualités ou aptitudes requises et la nature de l'emploi.

En particulier, l'expression « critères communs à tous les membres du personnel » ne peut faire l'objet d'une interprétation purement formelle, mais plutôt d'une interprétation (restrictive) liée au contexte. Par *interprétation liée au contexte*, j'entends une interprétation qui tienne compte de la finalité poursuivie au moment de l'introduction de la norme créant une différence de traitement ou de salaire. Ainsi, il paraît difficile pour l'employeur ou pour le syndicat de prétendre qu'une clause « temporaire » établissant un double palier de rémunération représente néanmoins une disposition de portée générale, alors que le contexte, le cas échéant, démontre à l'évidence la volonté des parties *de ne plus fonder – à tout le moins pour une certaine période de temps – la politique salariale sur des critères communs à l'ensemble du personnel*²⁰.

CONCLUSION

En conclusion, tel que mentionné, je voudrais revenir sur deux aspects :

- le type d'intervention législative nécessaire pour remédier au problème des clauses orphelins;

¹⁸ *Ville de Brossard c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ V. à cet égard l'opinion de Fernand MORIN (*La clause « orphelin »*, Commission de l'économie et du travail, Assemblée nationale du Québec, le 13 août 1998, p. 5) : L'article 19 impose que tous les salariés "qui accomplissent un travail équivalent au même endroit" puissent bénéficier d'un salaire égal. Certes, ce traitement peut connaître des variations en fonction de l'expérience, de l'ancienneté et de la durée du service, mais à la condition que ces mêmes modalités soient applicables à tous, c'est-à-dire que tous soient dans le même train et qu'ils puissent progresser à la même vitesse ».

- la portée sociale du débat portant sur les clauses orphelins, le lien avec la problématique de la citoyenneté.

L'intervention législative

Je pense qu'une modification législative visant les clauses orphelins doit, au minimum, traiter des aspects suivants : la *définition* des clauses orphelins, le *domaine d'application* de la loi, sa *portée juridique*, enfin ses *effets* notamment quant aux recours qui peuvent être exercés. Je ne vais pas entrer ici dans la discussion de chacun de ces aspects. Je dirai simplement, en cohérence avec les positions développées à ce jour par la Commission, que la loi à venir : – devrait contenir une *définition suffisamment large* des clauses orphelins (ce qui est le cas, nous l'avons vu, de la définition proposée par le Barreau canadien); – déterminer un *domaine d'application* qui vise à la fois le secteur public et le secteur privé, à la fois les non-syndiqués et les syndiqués; – revêtir une *portée juridique* qui ne soit pas exagérément restreinte, ce qui serait le cas si seules les doubles échelles permanentes, par exemple, étaient touchées. Enfin, la modification projetée devrait évidemment autoriser des voies de recours adéquates, souples, accessibles et rapides. La Commission aura bien sûr l'occasion de revenir sur l'ensemble de ces questions, si l'intervention législative annoncée se matérialise enfin.

La citoyenneté

Venons-en maintenant, brièvement, à la **question de la citoyenneté**. Si le problème des clauses orphelins a pris une telle importance et suscite des débats aussi passionnés, ce n'est pas un hasard, c'est que ce problème revêt **valeur de symbole** pour la société québécoise. Ce qui est en cause, au-delà du sujet même des clauses orphelins, c'est toute la question de l'intégration des jeunes dans la société, de leur véritable reconnaissance comme citoyens à part entière.

Il est devenu courant, chez les sociologues et les théoriciens de la citoyenneté, de distinguer entre trois composantes : la citoyenneté civile – fondée sur la reconnaissance des droits civils classiques, la citoyenneté politique, centrée sur les droits de participation à l'activité politique; enfin la citoyenneté sociale, liée à la garantie des droits sociaux et de l'équité en milieu de travail²¹. Je n'entre pas dans les détails – sauf pour dire que la citoyenneté sociale, qui demeure une composante essentielle de la démocratie contemporaine, fut historiquement – et c'est toujours le cas aujourd'hui – le produit non seulement de l'activité étatique, mais aussi de l'activité autonome par rapport à l'État, des parties à la négociation collective dans les divers milieux de travail.

Je mentionne ces éléments simplement pour dire que la dynamique de la négociation collective, – qui a tant contribué par le passé à favoriser l'émergence d'une authentique citoyenneté sociale au Canada et au Québec, risque parfois – nous le voyons avec les clauses orphelins – de devenir, par certains aspects, un facteur, sinon d'exclusion, du moins de limitation de l'accès des jeunes à une citoyenneté pleine et entière. Ce disant, je ne nie aucunement que la négociation collective s'inscrit actuellement dans un contexte très difficile, lié aux transformations structurelles de l'économie, à la mondialisation; et je n'occulte pas davantage le fait que la liberté de négociation collective, sous la pression d'éléments non seulement économiques, mais aussi politiques, idéologiques – d'inspiration néo-libérale-, se voit régulièrement érodée.

Mais quoiqu'il en soit – et je terminerai par cette réflexion – l'État doit néanmoins intervenir pour manifester clairement sa volonté d'une pleine intégration des jeunes à la société québécoise; et l'une des mesures privilégiées pour ce faire consiste à légiférer à l'encontre des clauses orphelins. Toutefois, l'intervention de l'État, – il faut par ailleurs en être conscient – n'atteindra, le cas échéant, pleinement ses objectifs que si les parties à la négociation collective, les employeurs au premier chef, mais aussi les organisations syndicales qui demeurent porteuses

²¹ V. l'analyse classique de T.H. MARSHALL, « Citizenship and Social Class », dans *Sociology at the Crossroads and other Essays*, Londres, Heinemann, 1963, p. 67-127.

du projet d'une *citoyenneté sociale*, adhèrent sans réserve au principe de l'équité entre générations.

L'ÉQUITÉ ENTRE GÉNÉRATIONS ET LES CLAUSES « ORPHELINS » : ÉLIMINER LES « CLAUSES ORPHELINS »

Éric MORIN, président
Comité national des jeunes de la CSN

INTRODUCTION

Je tiens à remercier la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse de nous donner l'occasion d'exprimer notre point de vue sur l'introduction de clauses « orphelins » dans les contrats de travail ayant pour effet notamment de discriminer les plus jeunes travailleurs et travailleuses.

Je profiterai aussi de cette tribune pour réaffirmer que la CSN a toujours combattu l'introduction de clauses discriminatoires dans les conventions collectives. Les membres de la CSN, réunis en Congrès, et le Comité national des Jeunes de la CSN ont plus d'une fois dénoncé ces pratiques.

I LA CSN, SES LUTTES ET LES JEUNES

La CSN représente près de 235 000 travailleuses et travailleurs œuvrant dans toutes les sphères d'activité et dans toutes les régions du Québec. La réputation d'intégrité et d'acharnement de la CSN à défendre les intérêts de tous les travailleurs et travailleuses n'est pas à faire. Si un doute peut effleurer votre esprit, vous n'avez qu'à penser aux dernières luttes que la CSN a menées, telle que celle des jeunes travailleuses et travailleurs du Casino de Montréal – où près de la moitié des salariés, comme beaucoup trop d'autres jeunes, travaillent à temps partiel ou de façon occasionnelle – qui se sont battus pour obtenir une première convention collective avec des conditions équitables et comparables à celles de leurs aînés travaillant à Loto Québec,

à la lutte des syndiqués de Métro Richelieu qui se sont battus contre un employeur qui ne respectait même pas les ordonnances des tribunaux ou encore à la lutte des femmes du Holiday Inn Crowne Plaza Centre-ville de Montréal congédiées la veille de Noël par un employeur qui n'avait qu'un seul objectif : se débarrasser de ce syndicat gênant que des femmes s'étaient donné afin de revendiquer des conditions de travail décentes.

La CSN compte près de 35 000 membres de trente ans ou moins dont 54 % sont des jeunes femmes et 46 % des jeunes hommes. Près de 56 % des jeunes-CSN ont cinq ans ou moins d'ancienneté dans leur établissement comparativement à 16,2 % chez les membres de plus de trente ans.

Le dossier jeunesse a depuis longtemps été une priorité pour la CSN. Nous pouvons retrouver dans les procès verbaux des Congrès de la CSN des années 40 des rapports de comités de jeunes travailleurs. Depuis plus de treize ans, la CSN s'est doté d'un Comité national des Jeunes afin de se faire conseiller sur les questions jeunesse et pour que ses jeunes membres puissent se réunir et puissent agir au sein de ses instances en plus de jouer un rôle d'ambassadeur de la CSN et de ses jeunes membres à l'extérieur du mouvement CSN.

II LA LUTTE DE LA CSN CONTRE LES CLAUSES DISCRIMINATOIRES

À la CSN, nous n'avons jamais nié que les conventions collectives sont signées autant par la partie patronale que la partie syndicale. Toutefois, je rappellerai que, comme pour tout résultat de négociation, il y a parfois des choses qui sont introduites dans les contrats de travail à l'encontre de la volonté d'une partie dépendamment du rapport de force existant entre les parties et c'est particulièrement vrai lorsque la partie patronale est un gouvernement qui force la négociation au moyen de dates butoirs assorties de menaces de lois spéciales. Quand ces lois créent un déséquilibre du rapport de force, on peut assister malheureusement à des dérives telles l'introduction de clauses discriminatoires dans les conventions collectives. Mais d'après

des études réalisées par le ministère du Travail du Québec à la fin des années 80, ce sont les employeurs qui dans près de 94 % des cas proposent ou imposent des clauses « orphelins ».

Le cas des syndicats des pâtisseries St-Hubert a été à la source d'un virage important de la lutte de la CSN contre l'introduction des clauses « orphelins » dans les conventions collectives. Durant les années 80, des conventions de ces syndicats comptaient de très nombreuses et importantes discriminations envers les travailleurs les plus précaires de ces unités. En fait, tout y était : discrimination en fonction des statuts d'emploi, du nombre d'heures et de la date d'embauche avec des clauses « orphelins » et des échelles salariales multiples. Après un travail de sensibilisation puis de multiples rondes de négociations, nous avons été en mesure de faire disparaître progressivement ces clauses des conventions St-Hubert. Ce cas a d'ailleurs inspiré, en 1990, la production par le Comité national des Jeunes de la CSN un document d'information sur les clauses « orphelins » et les échelles salariales multiples.

On peut aussi citer en exemple, le Syndicat CSN des loisirs de Ville de Laval qui a réussi à imposer à la municipalité le partage du temps de travail afin de générer les économies décrétées par le projet de loi 414 du gouvernement du Québec plutôt que d'accepter l'introduction d'une clause « orphelin ». Nous savons maintenant que cette opération de récupération budgétaire du gouvernement du Québec en 1996 par lois spéciales dans des délais très courts a amené son lot de clauses « orphelins » dans les conventions collectives.

III LA DÉFINITION CSN DES CLAUSES « ORPHELINS »

Je crois, qu'il serait important de vous livrer la définition qu'a la CSN des clauses « orphelins ». Pour nous, les clauses « orphelins » désignent généralement des dispositions de contrats de travail fixant des conditions inférieures pour les nouveaux salariés à partir d'une date précise. Habituellement ce sont des formules applicables aux échelles salariales (double échelle ou multiples) ou des formules s'appliquant à des taux de salaires fixes qui font en sorte que l'on se

retrouve avec des salaires distincts, selon que l'on est une nouvelle ou une ancienne personne salariée, ou encore des conditions de travail (assurances, régimes de retraite, primes) qui sont différentes pour les nouvelles personnes embauchées par rapport à celles qui travaillent déjà dans l'établissement. On retrouve aussi différentes clauses apparentées ayant les mêmes effets. Qu'on pense au gel d'avancement des échelons qui affecte principalement les jeunes ou encore à l'allongement indu de la période d'essai (période de probation) qui ont un effet semblable.

Il est important de bien définir ce qu'est une clause « orphelin », car certaines personnes voient des clauses orphelins partout. Ainsi, ils définissent parfois même l'ancienneté comme une clause « orphelin ». Ces personnes sont en train de faire perdre aux gens le sens de ce que sont les clauses « orphelins » en utilisant ce terme à toutes les sauces et pour définir toutes les problématiques que les jeunes vivent telles que la précarité, les injustices du régime d'assurance-emploi, le travail à temps partiel, les conditions dans le milieu de la santé, etc. Cela rend l'objectif d'une interdiction légale quasi-impossible.

Faut-il rappeler que ce n'est pas parce qu'on est jeune qu'on est nécessairement progressistes et qu'on ne peut pas véhiculer des valeurs conservatrices. Or les clauses « orphelins » sont parfois utilisées par une certaine droite politique qui les dénoncent pour mieux discréditer le mouvement syndical. Ne cherchez pas ces personnes sur les lignes de piquetage avec ceux et celles qui se privent de leur gagne-pain pour empêcher que leurs enfants ne goûtent à cette médecine des employeurs. Ils n'y sont pas. Bons premiers pour dénoncer les syndicats mais derniers à appuyer concrètement ceux et celles qui sont réellement aux prises avec le problème. À la CSN, à tout le moins, on ne les a pas vu appuyer les travailleuses et les travailleurs de l'abattoir de poulets du Groupe Dorchester à Saint-Damase en lock-out pendant plus de trois mois parce qu'on refusait d'accepter la proposition de l'employeur d'introduire une échelle salariale distincte pour les nouveaux employés et ils ne sont pas actuellement aux côtés des employés de garage de Rimouski en grève notamment pour éliminer une clause « orphelin ».

IV LES EFFETS NÉFASTES DES CLAUSES « ORPHELINS »

Les clauses « orphelins », les échelles salariales doubles ou multiples et les autres dispositions discriminatoires peuvent saper la solidarité syndicale puisqu'elles ont un potentiel de discordes énorme entre les syndiqués ce qui fait ainsi le jeu de ceux et celles qui souhaitent la division à l'intérieur des syndicats. Les dispositions discriminatoires constituent une menace potentielle pour le climat des relations de travail des entreprises qui adoptent de telles formules. Car tôt ou tard, la majorité des salariés deviendront des « orphelins » se retrouvant, par exemple, dans la deuxième échelle salariale et il est à prévoir un très long conflit de travail en bout de ligne, pour obtenir la parité salariale. Il est clair que pour la CSN, ces pratiques créant un clivage entre les « anciens » et les « nouveaux » salariés vont à l'encontre des valeurs progressistes sur lesquelles repose une organisation syndicale comme la CSN.

Nous savons que les périodes de difficultés économiques sont propices aux stratégies improvisées et à courte vue. Il n'est alors pas très difficile d'imaginer que dans un contexte défavorable aux travailleuses et aux travailleurs, ceux-ci se retrouvant souvent à négocier avec un couteau sous la gorge, on peut se trouver dans l'obligation de céder devant de telles propositions patronales.

Les employeurs, aux tables de négociations, invoquent plusieurs arguments en faveur de l'introduction de telles clauses. L'argument le plus fréquent concerne la nécessité de réduire ou de contrôler les coûts de la main-d'œuvre. La flexibilité salariale est une condition indispensable à la réussite de l'entreprise, dira-t-on! La concurrence, parfois même entre établissements à l'intérieur d'une même entreprise, est le principal motif invoqué. Ajoutons que la crise de l'emploi est un incitatif important puisque la main-d'œuvre est disponible et à bon marché. Parfois les employeurs nous disent, que la formule des doubles paliers vise à corriger la structure salariale de l'entreprise. Soit que les écarts n'étaient plus suffisants, soit parce que l'expérience requise dans le poste de travail est plus longue que lorsque le poste a été créé. On nous donne aussi l'excuse que, les milieux de travail se sont modifiés au cours des années, le

travail est plus complexe, l'apprentissage se fait de plus en plus en milieu de travail. Les employeurs pourront même se faire insistants : « C'est ça ou on ferme ; c'est ça ou on passe une loi spéciale! ». Il est important de préciser que la CSN a été de loin la centrale syndicale qui a le mieux su éviter ce piège patronal. Ce sont sans surprise les syndicats indépendants qui viennent en tête de liste des organisations syndicales qui acceptent de signer de telles clauses discriminatoires.

Mais peu importe la conjoncture dans laquelle nous nous retrouvons, nous ne pouvons ignorer ou oublier les valeurs sur lesquelles se fonde notre action syndicale sous peine de remettre en question sa légitimité. Dans notre mémoire portant sur les clauses « orphelins » présenté à la Commission de l'économie et du travail, à Québec, le 3 septembre 1998, nous affirmions d'ailleurs que : « Ces pratiques vont à l'encontre des valeurs sur lesquelles repose la CSN : la solidarité, l'égalité, l'équité, la démocratie et la justice sociale. » On ajoutait, dans le même mémoire, que : « Les clauses "orphelins" posent toute la question de la place des jeunes et de leur intégration au marché du travail [...] Les clauses "orphelins" ne sont rien de moins qu'un dysfonctionnement du marché du travail. »

Certaines personnes affirment malheureusement que les clauses « orphelins » ne sont que la preuve d'une forme d'égoïsme entre les générations de jeunes et de moins jeunes. Elles cherchent ainsi à présenter les clauses « orphelins » comme étant le symbole de l'appropriation de la richesse par ceux et celles qu'ils qualifient de *babyboomers* au détriment des jeunes. La réalité n'est pas aussi simpliste. Ces pièges patronaux touchent l'ensemble des travailleuses et des travailleurs. Si les clauses « orphelins » sont des mesures inacceptables qui remettent en question les solidarités syndicales souvent entre jeunes et moins jeunes, elles touchent aussi des syndicats composés majoritairement de jeunes qui s'en trouvent ainsi divisés entre eux.

V LE CAS DES JEUNES FEMMES DE VIDÉOTRON TÉLÉCOM

Nous n'avons qu'à donner l'exemple de Vidéotron Télécom à Montréal où un an après la signature de leur première convention collective, les « orphelins » constituent maintenant près de 40 % des membres du syndicat! Ce syndicat composé essentiellement de jeunes dans la vingtaine, dont environ 70 % de femmes, a connu en moins de deux ans d'organisation syndicale, la difficile reconnaissance par l'employeur, la mauvaise foi patronale durant les négociations, la conciliation, les ultimatums, la suspension des négociations, les pressions de l'employeur sur les membres et une offre finale de règlement d'une convention collective comprenant une proposition patronale de clause « orphelin » accompagnée, en cas de refus, de menaces de fusion de l'entreprise. Les membres du syndicat se sont donc retrouvés dans une situation où, le couteau sur la gorge, on leur demandait de choisir entre le sacrifice des conditions de leurs futurs collègues de travail en échange d'améliorations de leurs propres conditions ou le rejet de l'offre finale et la menace de mises à pied. Les membres du syndicat ont donc choisi de protéger, à court terme, les emplois plutôt que de risquer de tout perdre en signant une convention d'une durée d'un an. Leur convention collective comprend donc maintenant une clause « orphelin » créant deux régimes d'avantages sociaux distincts, un régime d'avantages sociaux pour les employés qui étaient à l'embauche de Vidéotron Télécom avant la signature de la convention collective et un autre régime moins avantageux pour ceux et celles qui ont été embauchés après la signature. Les membres embauchés après la signature de la convention collective ont la moitié des avantages notamment en terme de vacances, de congés fériés, de congés mobiles, de jours de maladie et du régime de retraite.

Ce syndicat est actuellement en renégociation de convention collective et leur priorité syndicale est bien sûr de rétablir l'unité syndicale en se débarrassant de la clause « orphelin », en rétablissant l'équité pour toutes et tous et en améliorant encore plus le sort de leurs membres.

VI POSITIONNEMENT POLITIQUE DE LA CSN

Après plusieurs années de sensibilisation et de dénonciation, la CSN et la majorité des intervenants du monde du travail en sont venus à la conclusion que les rapports de force sont parfois tellement inégaux entre les employeurs et les salariés que la seule façon d'éliminer pour de bon les clauses « orphelins », c'est d'en interdire légalement le recours.

La CSN croit qu'il est important qu'on interdise par législation l'utilisation de telles clauses. Nous croyons que cette législation doit toucher tous les employeurs et protéger tous les jeunes qu'ils soient syndiqués ou non. En conséquence, c'est par amendement à la Loi des normes minimales du travail qu'il faut procéder afin de ne pas laisser d'orphelins abandonnés à eux-mêmes. C'est un devoir d'équité entre tous et toutes.

VII LÉGIFÉRER POUR INTERDIRE LE RECOURS AUX CLAUSES « ORPHELINS »

Bien que le phénomène des clauses « orphelins » dans les conventions collectives soit marginal, la CSN croit important de rappeler que le problème ne doit pas être minimisé. Il faut cependant le voir dans toutes ses dimensions.

Certaines personnes invoquent que les jeunes n'ont qu'à porter plainte en vertu de la Charte des droits et libertés de la personne si elles prétendent que les clauses « orphelins » sont discriminatoires. Cela pose toutefois plusieurs difficultés. Il faudrait d'abord prouver que ces clauses sont discriminatoires en fonction des critères reconnus par la Charte, soit principalement en raison de l'âge, un critère de discrimination interdite par l'article 10 de la Charte. L'article 10 de la Charte ne fait aucunement mention de la date d'embauche comme critère de discrimination interdite. Par exemple, le cas de Vidéotron Télécom dont j'ai parlé plus tôt – et j'aurais pu vous parler d'autres cas semblables comme celui des jeunes de La Ronde – démontre bien que le critère de l'âge n'a rien à voir puisqu'il s'agit d'un syndicat de jeunes qui dû ratifier

une convention collective contenant une disposition discriminant d'autres jeunes qui ont seulement le défaut d'avoir été embauchés après la signature de la convention collective. Pour pouvoir utiliser l'article 10, il faudrait donc faire une preuve que ces clauses discriminent indirectement les jeunes en raison de leur âge et ce, à l'aide d'études statistiques, un peu comme cela s'est fait pour prouver la discrimination systémique faite aux femmes. Une fois cela fait, il faudrait aussi s'assurer que l'on ne prouve pas que la différence de traitement est fondée sur l'expérience, l'ancienneté ou la durée de service, exceptions qui sont prévues à l'article 19 de la Charte. De plus chaque cas devrait être traité à la pièce et engendrait des coûts élevés pour des jeunes déjà à faible revenu. Bref, une course à obstacles de plusieurs années et dont l'issue est incertain.

Pour la CSN, les clauses « orphelins » sont avant tout un dysfonctionnement du marché du travail et non pas une question de conflits intergénérationnels comme certains tentent constamment de le faire croire.

S'il y a lieu d'agir pour empêcher la forme de discrimination que constituent les clauses « orphelins », il faudrait minimalement que les dispositions législatives soient les mêmes pour tous les employeurs. Ceux qui ont besoin de plus de protection, ce sont ceux à qui nos législations ne permettent pas de se syndiquer pour se donner de meilleures conditions collectives de travail. Ne parler que des clauses « orphelins » présentes dans des contrats collectifs de travail et ignorer toutes les clauses « orphelins » des contrats individuels de travail et des politiques salariales dans les endroits non syndiqués, c'est faire preuve d'une méconnaissance profonde du monde du travail si ce n'est de laxisme ou d'aveuglement par des convictions antisyndicales. Les normes du travail sont accessibles à toutes et à tous. Elles nous permettent de prendre un recours comme individu et/ou comme association de salariés.

Rappelons que l'interdiction de discriminer les travailleurs à temps partiel par rapport à ceux travaillant à temps complet a été ajoutée à la Loi des normes du travail au cours des dernières

années et cela a profité principalement aux jeunes qui se retrouvent majoritairement dans ces catégories d'emplois.

En conséquence, la CSN, qui désapprouve l'utilisation de clauses « orphelins », propose que la voie à suivre pour interdire légalement les clauses « orphelins » soit celle de l'amendement à la Loi des normes du Travail. Cette loi est minimale et protège donc l'ensemble des salariés, syndiqués ou non.

CONCLUSION

Les clauses orphelins sont devenues populaires au début des années 80. Elles sont encore là aujourd'hui et contrairement à ce que certains colportent, elles n'ont pas créé d'emplois pour les jeunes, les statistiques le démontrent.

Quant à moi, les clauses « orphelins » sont à bannir. Elles sont une plaie pour le mouvement syndical qui doit les combattre par tous les moyens. Pour un syndicaliste comme moi et pour tous les membres du Comité national des Jeunes de la CSN, qui croyons à la force collective, à l'unité et à la véritable solidarité, faire supporter les difficultés économiques des entreprises à un groupe de salariés en particulier, que ce soit les jeunes ou d'autres ou, pire, défendre de façon corporatiste des intérêts particuliers aux dépens de ses collègues, ce n'est rien d'autre qu'une plaie pour le mouvement syndical et une injustice sociale inacceptables dans une société comme la nôtre.

PERSPECTIVES PATRONALES

M^e Manon Savard, associée
Ogilvy Renault

INTRODUCTION

Lors de la préparation de cette conférence, je me suis attardée au document préparé par la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec (la « Commission ») pour publiciser l'événement d'aujourd'hui.

Certains passages ont attiré plus particulièrement mon attention. Voici pourquoi.

Tel que nous vous l'avons déjà mentionné, j'ai été invitée aujourd'hui afin de vous faire part de certains arguments soulevés par le milieu patronal à l'égard de toute la problématique entourant les clauses dites « orphelins ».

Or, le milieu patronal s'est généralement fortement opposé et s'oppose toujours à ce que le gouvernement adopte une loi prohibant de telles clauses. Donc, sachant que ma position aujourd'hui allait refléter cette opposition, vous allez comprendre que je me suis posée de sérieuses questions en lisant les passages suivants du document préparé par la Commission :

« La Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec considère que la rémunération à double palier et les autres clauses dites « orphelins » **risquent de produire des effets discriminatoires, en particulier sur les personnes qui intègrent le marché du travail, notamment les jeunes, les femmes et les immigrants.** [...]

Depuis plusieurs années, des groupes de jeunes ont dénoncé la situation. Le mouvement a pris de l'ampleur suite à des études illustrant la progression de ces clauses. **Le cri d'alarme est lancé** : il faut stopper cette prolifération **qui accroît sans cesse l'iniquité intergénérationnelle.** »

(caractères gras ajoutés)

Or, comment peut-on s'opposer à « l'équité entre générations »? Comment peut-on s'opposer à « l'abolition des clauses qui risquent d'être discriminatoires, notamment, envers les jeunes, les femmes ou les immigrants »?

Or, il est important de bien comprendre la position du milieu patronal sur cette question. Son opposition ne signifie d'aucune façon qu'il favorise l'iniquité entre les générations ou encore l'adoption de clauses discriminatoires; le milieu patronal estime plutôt qu'il n'est pas opportun, ni nécessaire, pour le gouvernement d'intervenir en ce moment dans ce domaine. Il faut cesser de faire miroiter que l'adoption d'une telle loi réglerait complètement et définitivement les vrais problèmes auxquels font face les jeunes, les femmes ou les minorités ethniques sur le marché du travail.

Pour vous expliquer cette position, notre présentation sera divisée en deux (2) parties. Dans un premier temps, nous situerons le débat actuel sur la légalité des clauses dites « orphelins » et ce, à la lumière de la protection législative existante. Dans un deuxième temps, il y aura lieu de préciser les enjeux soulevés par l'adoption d'une telle législation.

I QU'EN EST-IL DE LA LÉGALITÉ DES CLAUSES DITES « ORPHELINS » ET QUELLE EST LA PROTECTION LÉGISLATIVE ACCORDÉE, À L'HEURE ACTUELLE, AUX SALARIÉS AFFECTÉS PAR DE TELLES CLAUSES?

1.1 Définition de clauses dites « orphelins »

D'entrée de jeu, il faut réaliser que même si la question des clauses dites « orphelins » a suscité un vaste débat au cours des derniers mois, il semble exister une certaine ambiguïté quant à la **définition** même de ce qu'est une clause « orphelin ».

Dans sa forme la plus « étroite », une clause « orphelin » a été définie comme visant :

« Toute disposition d'une convention collective qui établit deux ou plusieurs échelles de salaires distinctes pour une même occupation, séparant les salariés en fonction de leur date d'entrée au service de l'employeur ».¹

Cette définition couvre donc les seules clauses relatives au salaire versé aux salariés.

D'un autre côté, dans sa forme la plus large, une clause « orphelin » a aussi été définie comme couvrant :

« Toute clause qui a pour objet de soumettre, en fonction de leur date d'embauche, un ou plusieurs salariés à des conditions de travail moindres que celles consenties aux autres salariés qui accomplissent un travail équivalent au sein de l'entreprise ».²

¹ C'est d'ailleurs cette définition qui a été retenue pour les fins d'une recherche effectuée par le Centre de recherche et de statistiques sur le marché du travail - Ministère du Travail du Québec, dont les résultats ont été diffusés en 1992 : « La rémunération à double palier dans les conventions collectives au Québec. Évolution de la situation entre 1985 et 1990 », *Le Marché du travail*, novembre 1992, pp. 9-10; 78-87.

² Le mémoire préparé par la Section du droit du travail de l'Association du Barreau canadien - Division Québec à la Commission parlementaire de l'économie et du travail du mois d'août 1998, s'appuyait sur une telle définition.

Cette dernière définition est sans contredit beaucoup plus large en ce qu'elle vise « toutes les conditions de travail » auxquelles un salarié est assujéti, par opposition à la seule clause salariale. Seraient ainsi considérées, selon cette définition, comme des clauses « orphelins » les dispositions d'une convention collective établissant :

- une échelle salariale à deux paliers;
- une clause établissant des taux de salaire « étoilés » (**red circle**);
- un nombre de congés sociaux en nombre moins élevé pour les employés embauchés après une date donnée;
- des avantages sociaux différents selon la date d'embauche;
- (...).

De même, compte tenu que cette définition n'est pas limitée aux seules « conditions de travail » ayant trait à la rémunération d'un salarié, il serait possible de prétendre qu'une telle définition pourrait également couvrir les clauses d'une convention collective ayant trait, par exemple :

- au droit de retour dans l'unité de négociation d'un salarié qui varierait selon la date à laquelle celui-ci a été nommé contremaître ou a été embauché;
- au statut de l'emploi (ex. : emploi occasionnel ou temporaire versus un employé régulier).

Ainsi, l'objet et la portée de chacune des définitions ci-haut mentionnées diffèrent grandement. Il faudra donc, si le législateur décide d'apporter une solution législative à la problématique soulevée par la Commission, que le type de clause que l'on cherche à prohiber soit clairement défini de façon à s'assurer que la solution apportée s'adresse précisément au problème identifié.

1.2 Légalité des clauses dites « orphelins »

Dans le cadre de son document de travail intitulé « La rémunération à double palier et les autres clauses dites « orphelins » dans les conventions collectives : conformité au principe de non-discrimination » (document préparé par M^e Michel Coutu et adopté par la Commission le 24 avril 1998), la Commission conclut que les clauses dites « orphelins » pourraient engendrer une discrimination indirecte à l'égard des jeunes salariés et, dans certains cas, à l'égard des femmes et des salariés membres de minorités ethniques ou nationales.

C'est ainsi en s'appuyant sur le caractère discriminatoire de certaines clauses « orphelins » à la lumière des dispositions actuelles de la *Charte des droits et libertés de la personne* (la « *Charte* »), que la Commission demande avec insistance une intervention législative. Elle écrit :

« Compte tenu des éléments qui précèdent, la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec :

[...]

2. Réitère la position prise dans son opinion de 1990, en demandant une modification à la législation du travail, **tenant compte du droit à l'égalité garanti par la *Charte des droits et libertés de la personne***, et qui aurait pour effet d'établir un cadre normatif visant les clauses relatives au double palier de rémunération et autres clauses dites « orphelins », **de manière à en éliminer les aspects discriminatoires.** »

(caractères gras ajoutés)

Or, cette opinion de la Commission est-elle bien fondée? Doit-on effectivement conclure que **toutes** les clauses dites « orphelins » sont discriminatoires et que, par conséquent, elles doivent nécessairement toutes être prohibées?

Or, à ce jour, aucun tribunal, que ce soit au Québec, ailleurs au Canada ou encore aux États-Unis n'a encore été appelé à se prononcer sur le caractère discriminatoire ou non de ce type de clause à l'égard des jeunes ou encore des femmes et des minorités ethniques.

Il n'est pas notre intention, pour les fins de la présente conférence, d'entreprendre une analyse juridique détaillée de cette question, mais uniquement d'apporter les réflexions suivantes l'égard de la position adoptée par la Commission.

Dans un premier temps, il importe de rappeler que la *Charte* accorde déjà aux salariés victimes de discrimination toute la protection nécessaire pour obtenir la cessation d'une telle violation, de même que la réparation des dommages qu'ils auraient pu avoir subis. Le tribunal peut même accorder, dans certaines circonstances, des dommages exemplaires. La *Charte* joue en effet, depuis de nombreuses années, un rôle important dans le domaine des relations « employeurs-employés » en réglementant le contenu de tous les contrats de travail, qu'ils soient individuels ou collectifs, et en interdisant aux parties de conclure une clause comportant discrimination.

Ainsi, il ne s'agit pas d'un cas où nous sommes face à un vide juridique : la *Charte* accorde déjà toute la protection juridique nécessaire aux salariés qui prétendraient qu'une clause de type « orphelin » aurait un effet discriminatoire à leur égard en raison de leur âge, de leur sexe ou de leur origine ethnique. Rappelons d'ailleurs que le fervent plaidoyer de la Commission en faveur d'une intervention législative repose uniquement, sur le plan juridique, sur le caractère discriminatoire de telles clauses à la lumière des seules dispositions de la *Charte*.

Dans un deuxième temps, la Commission reconnaissait elle-même que même si certaines clauses étaient possiblement discriminatoires, on ne peut pour autant conclure que **toutes** les clauses dites « orphelins » sont pour autant discriminatoires. Au contraire, la légalité de certaines clauses dites « orphelins » n'est aucunement remise en question par la Commission. Il faut donc réaliser que toute intervention législative en cette matière ira fort probablement au-delà du problème que l'on cherche à régler.

De plus, l'analyse de la Commission repose sur l'argument voulant que, « preuve statistique » à l'appui, elle serait en mesure de démontrer qu'il existe un lien entre l'âge ou le sexe d'un salarié

et sa date d'embauche, de sorte que les clauses dites « orphelins » auraient un effet discriminatoire à l'égard des jeunes ou des femmes.

Or, tous les intervenants s'entendent pour dire qu'au cours des dernières années, la réalité du marché du travail a changé et qu'il n'est plus exact de dire que seuls les jeunes ou seules les femmes sont à la recherche d'un nouvel emploi. Par conséquent, peut-on véritablement conclure que principalement les jeunes ou les femmes seraient alors les « victimes » des clauses dites « orphelins »? À notre connaissance, aucune étude ou analyse statistique ne vient à ce jour appuyer cette conclusion de la Commission.

Enfin, d'un point de vue strictement juridique, bien que les clauses dites « orphelins » créent des distinctions entre les salariés, de telles distinctions sont-elles pour autant discriminatoires?

En effet, la Cour suprême du Canada rappelait tout récemment, dans l'affaire *Nancy Law c. Ministre du développement des ressources humaines* (jugement rendu le 25 mars 1999, no. 25374), que toute distinction entre individus, même si celle-ci est fondée sur l'âge, n'est pas nécessairement discriminatoire.

Cette question se pose d'autant plus en l'espèce que bien que la *Charte* oblige tout employeur à accorder un salaire égal aux employés qui accomplissent un travail équivalent, cette règle souffre cependant d'une exception importante : celle de l'ancienneté ou de la durée du service.

En effet, selon le deuxième paragraphe de l'article 19 de la *Charte*, une différence de salaire fondée sur l'ancienneté, l'expérience ou la durée de service n'est pas discriminatoire :

« 19. [...]

- 2) Il n'y a pas discrimination si une différence de traitement ou de salaire est fondée sur l'expérience, l'ancienneté, la durée du service, l'évaluation au

mérite, la quantité de production ou le temps supplémentaire, si ces critères sont communs à tous les membres du personnel. »

Or, si les clauses dites « orphelins » créent un régime à double palier en fonction de la date d'embauche des salariés, ne peut-on pas prétendre que cette distinction n'est en fait fonction que de l'ancienneté ou de la durée du service du salarié? L'ancienneté d'un salarié correspondant souvent à sa date d'embauche, comment alors distinguer une différence de traitement qui serait fonction de l'ancienneté de celle qui est fonction de la date d'embauche?

En conclusion, les quelques commentaires ci-haut énoncés démontrent que le débat entourant la légalité des clauses dites « orphelins » soulève de multiples questions, toutes aussi complexes sur le plan juridique les unes que les autres. Cependant, compte tenu que les tribunaux n'ont pas encore été appelés à se prononcer de façon définitive sur ces questions, il serait inapproprié, à notre avis, que toute la réflexion entourant l'opportunité ou non d'une intervention législative prohibant les clauses « orphelins » soit basée sur la prémisse que toutes les clauses dites « orphelins » sont discriminatoires et qu'une intervention législative est nécessaire pour protéger les jeunes, les femmes et les minorités ethniques. Au contraire, tel que mentionné précédemment, de sérieuses questions se posent quant à cette conclusion, d'autant plus que si tel était le cas, la *Charte* accorde déjà toute la protection nécessaire aux salariés victimes d'une telle discrimination.

Compte tenu de ce qui précède, les enjeux soulevés par toute la question des clauses dites « orphelins » dépassent, à notre avis, le simple débat juridique relatif à la légalité de ces clauses. Il faut donc s'assurer que ces enjeux soient ouvertement et rigoureusement discutés de façon à s'assurer que le législateur se pose les bonnes questions et n'intervienne pas pour régler de faux problèmes.

II EST-IL OPPORTUN DE LÉGISFÉRER DANS CE DOMAINE?

Cependant, bien qu'à notre avis la *Charte* prohibe déjà à un employeur de conclure une clause dite « orphelin » qui aurait un effet discriminatoire à l'égard des jeunes, des femmes ou des minorités ethniques et accorde aux tribunaux le pouvoir de compenser les victimes, il faut néanmoins se demander si le législateur doit, en cette matière, être pro-actif et interdire expressément l'introduction, dans un contrat de travail ou une convention collective, toute distinction au niveau des conditions de travail des salariés occupant le même poste en fonction de leur date d'embauche.

Tout le contentieux entourant l'adoption de la *Loi sur l'équité salariale* nous démontre bien que même si la *Charte* prévoyait déjà l'obligation pour un employeur d'accorder un salaire égal à tous les employés accomplissant un travail équivalent et ce, sans égard à leur sexe, le gouvernement a néanmoins jugé nécessaire d'adopter une loi particulière, afin de forcer les employeurs à être pro-actifs et s'assurer que ce principe de l'équité salariale entre les hommes et les femmes soit appliqué et respecté par tous.

Or, selon nous, le contexte des clauses dites « orphelins » est totalement différent de celui prévalant à l'égard de l'équité salariale et il serait inapproprié d'adopter un remède analogue pour régler deux problèmes tout à fait différents.

En effet, à l'égard de l'équité salariale, tous les intervenants s'entendaient pour conclure qu'une clause qui avait pour effet de payer les femmes moins cher que les hommes pour un travail équivalent était discriminatoire et totalement inacceptable. C'était plutôt le véhicule choisi par le législateur pour atteindre une telle équité salariale qui était remise en question.

Or, dans le cas qui nous intéresse, la légalité des dites clauses « orphelins » n'a pas encore été tranchée par les tribunaux. De plus, tous reconnaissent que dans certains cas, ces clauses ne sont aucunement discriminatoires au sens de la *Charte*.

De plus, plusieurs des arguments avancés pour demander l'intervention du législateur en matière de clauses « orphelins » sont essentiellement fondés sur l'iniquité et l'injustice qui résulteraient de l'effet de ces dispositions, notamment sur les jeunes et les femmes.

Cependant, malgré l'apparente iniquité de l'effet des clauses « orphelins » sur les jeunes et les femmes, une intervention législative dans ce domaine soulève des enjeux importants pour la société québécoise, en ce qu'elle remet en question plusieurs des pratiques et principes développés au cours des dernières années afin de s'adapter à un marché du travail en pleine évolution et de plus en plus assujetti à la concurrence internationale.

Bien que les commentaires qui suivent ne se veulent pas exhaustifs, certains des enjeux invoqués pour le milieu patronal à l'encontre d'une telle intervention législative peuvent se résumer comme suit.

2.1 Atteinte à la liberté de négociation

Une telle intervention remet, à notre avis, en question le principe fondamental qui est la pierre angulaire des relations de travail au Québec, soit la liberté de négocier.

À l'heure actuelle, le régime de négociation prévu au *Code du travail* donne aux parties la liberté d'inclure dans leur convention collective toute mesure qu'elles acceptent d'un commun accord lors de la négociation. Une convention collective peut ainsi contenir toute clause librement négociée entre les parties, en autant que celle-ci « [...] ne soit pas contraire à l'ordre public ou à la loi » (art. 62).

Or, en légiférant au niveau des clauses « orphelins », le législateur s'ingérerait ainsi non seulement dans la gestion même d'une entreprise, mais également dans le cadre réservé aux parties signataires d'une convention collective. Le législateur annulerait ainsi des dispositions librement négociées entre les parties qui ne sont pourtant contraires à aucune loi.

D'autre part, la légitimité des motifs qui peuvent amener les parties à négocier de telles dispositions ne saurait généralement être mise en doute. Une telle clause est souvent négociée afin de permettre à une entreprise de traverser une période plus difficile, souvent passagère; que ce soit en raison d'une concurrence accrue ou pour toute autre raison, une entreprise peut se voir obligée de diminuer de façon substantielle l'ensemble de ses coûts, incluant ceux de sa main-d'œuvre, pour assurer sa rentabilité ou même sa viabilité.

Une telle disposition peut également avoir été adoptée suite à une modification législative. Ainsi, à titre d'exemple, lorsque la *Loi sur les heures et les jours d'admission dans les établissements commerciaux* a été modifiée pour permettre l'ouverture des commerces le dimanche, certains salariés embauchés avant l'adoption de cette loi ont demandé que leur employeur leur reconnaisse leurs « droits acquis » de façon à ne pas être obligés de travailler le dimanche.

De même, une telle disposition pourrait être requise afin de permettre à l'entreprise de faire face à l'évolution du marché dans lequel elle opère. Une entreprise doit être en mesure de réagir rapidement pour conserver ou attirer la main-d'œuvre requise pour ses opérations. Pour ce faire, tout employeur doit alors avoir toute la flexibilité requise pour ajuster le salaire de ses employés. À titre d'exemple, les spécialistes en informatique ont à l'heure actuelle un excellent pouvoir de négociation et peuvent notamment obtenir des conditions de travail très avantageuses en raison notamment de la pénurie de main-d'œuvre qualifiée dans ce secteur entraînée par le « bogue » de l'an 2000. Lorsque cette pénurie se résorbera, tout porte à croire que les nouveaux salariés de ce secteur ne pourront exiger des avantages équivalents à ceux qui ont pu profiter de la pénurie pour obtenir des avantages qui n'auraient normalement pas été accordés (si l'on se basait uniquement sur la valeur de leurs services en fonction d'une grille d'évaluation objective).

Il s'agit là d'exemples parmi une multitude d'autres auxquels toutes les entreprises, peu importe leur secteur d'activités, peuvent faire face un jour ou l'autre. L'adoption d'une clause dite « orphelin » n'est évidemment pas l'unique solution à tous ces problèmes; toutefois, il appar-

tient aux parties concernées de choisir la solution la plus appropriée, en tenant compte de leur contexte particulier, qu'elles connaissent évidemment mieux que quiconque.

Il ne fait aucun doute que cette solution qu'est l'adoption d'une clause dite « orphelin » n'est pas parfaite. Avant son adoption, les parties doivent évaluer, à la lumière de leur situation, les pour et les contres d'une telle solution. Par exemple, celle-ci peut permettre à l'employeur de réduire sa masse salariale et accroître sa flexibilité organisationnelle. Pour le syndicat, elle protège les droits acquis et peut éviter des licenciements. Par contre, tant pour l'employeur que pour le syndicat, elle peut avoir un impact négatif au niveau de la motivation des travailleurs, en plus de créer un problème d'équité interne; il s'agit là, cependant, d'un effet inévitable de toute disposition favorisant les salariés qui ont une ancienneté supérieure.

Mais en définitive, il revient aux parties **de choisir, d'avoir le libre choix** face à l'évolution de l'entreprise et de la situation à laquelle il fait face et **d'assumer l'entière responsabilité** de leur décision à l'égard notamment de l'équité pour les nouveaux employés de l'entreprise.

En interdisant l'adoption de cette solution, il ne fait aucun doute que les entreprises devront trouver d'autres solutions, lesquelles pourraient avoir des conséquences beaucoup plus importantes, au niveau des emplois et des relations de travail au Québec. Tous savent bien, dans le monde actuel, que les entreprises sont soumises à une compétitivité et à une concurrence accrues compte tenu de la globalisation des marchés; à défaut de conjuguer avec cette réalité économique, les entreprises sont appelés à disparaître.

Ainsi, il est vrai qu'au lieu d'imposer des conditions de travail différentes aux employés nouvellement embauchés, les parties pourraient convenir que tous les salariés de l'entreprise, jeunes et anciens (en ancienneté), doivent supporter également toute baisse de salaire éventuelle. Il ne faut cependant pas croire qu'une telle « solution » sera acceptée aisément par les employés; au contraire, elle aura fort probablement comme effet concret de rendre toute négociation collective beaucoup plus ardue et même de provoquer ou prolonger des conflits de travail... De plus,

il n'est pas évident que cette « solution » n'aura pas d'impact majeur sur le moral de l'ensemble des salariés qui devront reprendre leur travail en ayant un salaire moindre que celui qu'ils touchaient auparavant. Les coupures de salaire imposées il y a quelques années aux employés gouvernementaux en est certainement un excellent exemple.

L'entreprise pourrait également avoir recours à d'autres « solutions », telles le gel de l'embauche, les mises à pied, la sous-traitance, le transfert de ses opérations à l'extérieur du Québec où de telles clauses ne sont pas prohibées, etc. Cependant, aucune de ces dernières « solutions » ne favorisera par ailleurs les « jeunes » que l'on veut pourtant protéger en interdisant les clauses « orphelins ».

C'est pourquoi, le législateur doit laisser aux parties le choix des solutions qui doivent s'appliquer pour régler une situation problématique donnée, à la lumière de l'historique de leurs conditions de travail et du contexte dans lequel l'entreprise œuvre. Face à des problèmes sérieux, les parties doivent être en mesure d'adopter librement toutes les solutions qu'elles jugent nécessaires et opportunes, incluant l'adoption de clauses dites « orphelins », en autant que celles-ci ne soient pas contraires, ni prohibées par la loi. Une telle flexibilité est nécessaire pour permettre aux parties de traverser une période difficile.

2.2 L'effet pervers au niveau de l'emploi

Il ne faut pas perdre de vue également que ce type de clause est généralement négociée pour favoriser l'embauche de nouveaux salariés; sinon, cette disposition n'aurait aucun intérêt pratique. C'est pourquoi, cette mesure est généralement associée à d'autres mesures qui ont pour but de diminuer le coût global de la main-d'œuvre : préretraites, offres de départ volontaire, réorganisation des méthodes de travail...

Bien qu'à notre connaissance aucune étude n'ait encore évalué l'impact des clauses dites « orphelins » sur le niveau d'emploi, plusieurs prétendent que cet ensemble de mesures a fina-

lement pour effet de favoriser l'embauche de nouveaux employés qui pourront bénéficier de la formation qu'une entreprise doit normalement donner à l'occasion d'une embauche. L'adoption d'une loi prohibant les clauses « orphelins » ne pourrait donc que compromettre l'ouverture de nouveaux postes pour ceux qui sont à la recherche d'un emploi.

2.3 Remise en cause des principes de l'ancienneté et des droits acquis

Tout syndicat recherche généralement à protéger les droits de ses membres en négociant des clauses d'ancienneté qui servent de base pour établir généralement des distinctions en fonction de la date d'embauche (l'ancienneté d'un individu correspond souvent à l'ancienneté).

Les syndicats cherchent également, surtout à l'occasion de la négociation d'une première convention collective, à protéger les « droits acquis » reconnus à certains salariés avant la signature de la convention collective; en effet, le syndicat voudra que certains de ses membres continuent de bénéficier de certains droits particuliers qui leur ont été reconnus dans le passé, même si ces droits particuliers ne peuvent être reconnus à tous les salariés de l'unité de négociation.

L'interdiction des clauses « orphelins » pourrait ainsi avoir pour effet de remettre en cause la validité de ces dispositions puisqu'elle vise à éliminer la date d'embauche (qui souvent correspond à la date d'ancienneté) comme facteur permettant une distinction dans les conditions de travail des salariés.

De même, la validité de droits acquis pourrait également être remise en question puisque de tels droits ne s'appliquent généralement qu'aux salariés embauchés avant une date donnée, soit souvent celle de la signature de la convention collective.

Toute intervention législative prohibant dans leur ensemble les clauses dites « orphelins » est donc susceptible de remettre en question la validité de ces principes. Pourtant, il nous semble

que les parties ne veulent pas remettre en cause ces principes fondamentaux, dont notamment l'ancienneté, qui se retrouvent dans toutes les conventions collectives et dont la légalité, jusqu'à ce jour, n'a jamais valablement été mise en doute, ni contestée.

2.4 Restrictions additionnelles

Depuis plusieurs années, l'on a reconnu la nécessité de « déréglementer » afin de permettre aux entreprises du Québec de concurrencer sans contrainte induite les autres entreprises étrangères qui ne sont pas soumises à des règles semblables. Il est évident que l'adoption d'une loi prohibant les clauses dites « orphelins » constituera, de ce point de vue, un « pas en arrière »; faut-il le rappeler, il s'agirait d'un précédent en Amérique du Nord.

Il faut bien comprendre qu'une telle législation devra, par définition, s'appliquer à tous les employés, qu'ils soient syndiqués ou non. Il sera dès lors difficile de veiller au respect d'une telle loi, d'autant plus qu'elle pourrait remettre en cause des clauses traditionnelles dans des collectives ou des contrats individuels d'emploi. Il faudra de plus nécessairement prévoir des montants additionnels qui devront être assumés par le gouvernement dans le but d'assurer le respect d'une telle loi, sans compter les coûts que devront supporter les employeurs lors des litiges qu'entraînera inévitablement l'application d'une telle loi.

Il y a donc lieu de s'interroger sérieusement sur la pertinence d'adopter une telle législation qui constituera une nouvelle contrainte pour les entreprises qui sont établies au Québec ou songent à s'y établir.

CONCLUSION

Certains des arguments invoqués par les employeurs pour s'objecter à l'adoption d'une nouvelle loi prohibant les clauses dites « orphelins » peuvent se résumer ainsi :

- ces clauses ne sont pas discriminatoires par elles-mêmes;
- si certaines de ces clauses sont discriminatoires, la *Charte des droits et liberté de la personne* du Québec accorde déjà toute la protection nécessaire aux personnes victimes d'une telle discrimination;
- toute nouvelle législation prohibant ces dispositions aurait pour effet de rendre illégales des dispositions autrement valides qui ont été librement négociées;
- une telle législation compromettrait la liberté de négociation des parties et pourrait remettre en cause des principes fondamentaux tenus avérés par les parties (ancienneté et droits acquis) qui se retrouvent à un degré ou un autre, dans toutes les conventions collectives.

Cela dit, il ne faudrait surtout pas conclure que les employeurs sont insensibles aux problèmes des jeunes ou encore des femmes et des minorités ethniques qui veulent avoir accès au marché du travail. Nous savons tous que des changements majeurs survenus au cours des dernières années ont totalement bouleversé le marché du travail; le niveau de chômage, au Québec, est particulièrement élevé, si l'on se compare au reste du Canada et des États-Unis.

En fait, c'est là un problème majeur qui affecte l'ensemble de notre société et auquel il faut s'attaquer en priorité. Il serait vain de créer de faux espoirs en adoptant une législation qui, non seulement ne créera aucun emploi, mais risque plutôt de restreindre la création d'emplois. En ce sens, les effets négatifs d'une telle loi risquent de surpasser les effets bénéfiques qui en sont escomptés. Pascal nous a prévenus avec une phrase bien connue : « Qui veut faire l'ange fait la bête ».

Nous ne pouvons d'ailleurs que souscrire aux remarques suivantes que l'on retrouve dans le mémoire soumis par la Fédération des travailleurs du Québec en août 1998 à la Commission parlementaire de l'Économie et du Travail sur cette position :

« [...] »

De même, très sensibles à la situation de l'emploi tant chez les jeunes que chez les autres groupes de salariés et hautement préoccupés par la précarisation effrénée du travail, la FTQ et ses syndicats affiliés considèrent que **la problématique jeunesse sous-jacente au débat soulevée par les clauses dites orphelin est beaucoup plus vaste que la solution législative évoquée tant par les jeunes péquistes que par les jeunes libéraux ou l'ADQ**, toujours prêts à enlever des droits aux plus âgés, sans se rendre compte que ce faisant, ils se desservent eux-mêmes.

[...]

Dans le débat d'aujourd'hui, nous appuyons les jeunes dans leur bataille pour accéder à des emplois de qualité, mais nous considérons que les clauses dites orphelin ne sont qu'un élément d'un plus vaste ensemble et que **c'est au cœur du problème qu'il faut s'attacher dès à présent et ne pas tenter de faire miroiter qu'en légiférant sur les clauses dites orphelin, on vient de régler complètement et définitivement le problème des jeunes en quête de travail.** »

(caractères gras ajoutés)

En terminant, nous nous permettons de réitérer l'invitation à la prudence et à la réflexion formulée par la présidente de l'Ordre des conseillers en relations industrielles du Québec, qui regroupe près de 4 000 professionnels en gestion des ressources humaines et en relations industrielles (donc des praticiens vivant dans les entreprises chaque jour) :

« Le gouvernement envisagerait de légiférer au sujet des "clauses orphelin" au cours des prochains mois. **Il faut, au préalable, se poser les bonnes questions, ce qui n'a pas encore été fait à ce jour.** Au-delà des dogmes économiques, de l'absolu législatif, de la théorie du "grand complot" contre les jeunes et des discours politiques racoleurs, **il faut réaliser que la problématique des "clauses orphelin" nous oblige à faire face à des choix de société. Il faut cependant se questionner ouvertement et rigoureusement avant d'oser choisir.** »

[La Presse, 30 avril 1999; (caractères gras ajoutés)]

Le cri d'alarme est ainsi lancé; n'ayons pas peur de « [...] se questionner ouvertement et rigoureusement avant d'oser choisir ».

CLAUSES ORPHELINS ET DEVOIR DE JUSTE REPRÉSENTATION : QUELQUES RÉFLEXIONS EN FORME DE RÉQUISITOIRE

Marie-France BICH, professeur titulaire
Faculté de droit, Université de Montréal*

Les petites histoires étant parfois révélatrices des grandes tendances, nous nous permettrons, en guise de préambule, une anecdote. Il y a quelques semaines, la direction de l'Université de Montréal décidait, après d'autres, de hausser les droits de scolarité des étudiants de maîtrise et de doctorat qui, ayant terminé leurs cours proprement dits, en sont à la période de rédaction de leur mémoire ou de leur thèse. L'on sait que l'État québécois a prononcé de façon générale le gel des droits de scolarité mais il a laissé aux universités la possibilité de hausser ces droits, jusqu'à une limite maximale de 556 \$ par trimestre, pour les étudiants en rédaction de mémoire ou de thèse. L'Université de Montréal impose actuellement des droits de 67,50 \$ par trimestre et elle souhaite les faire passer à la limite maximale. On imagine le brouhaha que l'affaire a causé, auquel les médias ont d'ailleurs fait écho. Sur le campus, les discussions sont allées bon train, suscitant toutes les passions : de la considération du simple impact pratique de la hausse sur les portefeuilles, déjà maigres, des étudiants visés (on ne passe pas impunément de 67,50 \$ à 556 \$) à la considération plus politique et plus grave de questions comme l'accès à l'université, la formation de ceux et de celles qui sont l'avenir du Québec et le rachitisme grandissant des institutions universitaires, tout y est passé. Or voici qu'au hasard d'une discussion de corridor entre professeurs et étudiants, une voix s'élève : peut-être pourrait-on adoucir l'impact de la hausse en réservant celle-ci aux étudiants qui commenceront leurs études de maîtrise et de doctorat à partir du début de la prochaine année scolaire. Ceux et celles qui sont déjà inscrits dans les différents programmes de maîtrise et de doctorat continueraient, eux, de bénéficier du régime actuel. Quelques moments de silence, puis une autre voix, qui manifeste

* L'auteure remercie M. Simon Carrier, étudiant en baccalauréat en droit, pour son apport à la recherche documentaire qu'a nécessité le présent texte.

son approbation. Après tout les étudiants qui ont commencé leurs études ont misé sur des coûts de 67,50 \$/trimestre pour la rédaction et planifié leurs finances personnelles en conséquence. Pour eux, passer à 556 \$ change sérieusement la donne. Quant à ceux et celles qui ne sont pas encore là, ils se décideront en toute connaissance de cause et planifieront en fonction des frais nouveaux. Un peu de silence encore et puis une sorte de consensus s'est fait autour de cette solution, une solution imparfaite sans doute mais qui a au moins le mérite de protéger ceux et celles qui sont déjà inscrits dans nos programmes¹.

Nous arrêterons ici notre récit dont il se dégage déjà une morale : il est toujours fort tentant de sacrifier les intérêts de ceux et celles qui n'y sont pas encore aux intérêts de ceux et celles qui y sont déjà. Et cette tentation est l'une de celles auxquelles il est le plus difficile de résister tant est puissante l'inclination naturelle de l'humain à sauvegarder ses acquis, une inclination dont on pourrait penser qu'elle tient presque du réflexe, c'est-à-dire d'une « réaction immédiate et mécanique à une impression donnée, et **précédant toute réflexion** »² (l'accentuation est nôtre), comme nous le rappelle le dictionnaire.

Or on peut se demander si l'inclusion des clauses dites « orphelins » dans les conventions collectives, phénomène qui n'est sans doute pas généralisé mais tout de même croissant, on peut se demander donc si l'inclusion de telles clauses n'est pas de l'ordre du réflexe plutôt que de la réflexion. Bien sûr, les explications *a posteriori* ne manquent pas pour justifier le réflexe : dans un marché de l'emploi encore exsangue malgré une reprise dont les signes vitaux demeurent paradoxaux, ne vaut-il pas mieux, grâce aux clauses orphelins, créer des emplois, même à rabais, plutôt que de condamner au chômage, cette peine terrible dans une société qui demeure

¹ Signalons que l'Université de Montréal, qui vient de rendre sa décision, n'a pas retenu cette voie, que les associations étudiantes ne préconisaient d'ailleurs pas.

² *Le Nouveau Petit Robert*, sous la dir. de Josette REY-DEBOVE et Alain REY, Paris, Dictionnaires Le Robert, 1995, à la p. 1902.

largement fondée sur le travail salarié³? Et puis, la clause orphelin a un caractère essentiellement temporaire : elle ne dure que ce que dure la convention collective elle-même et une convention collective ultérieure peut certainement refaire ce qu'une convention antérieure a défait. En ce sens le recours à une clause orphelin marque une phase transitoire.

En outre, pourquoi la clause orphelin serait-elle plus injuste que l'hypothèse d'une diminution générale des conditions de travail des salariés d'un employeur? Après tout, les salariés qui sont déjà à l'emploi d'une entreprise y ont fait montre d'une fidélité qui mérite d'être récompensée; ils ont aussi à faire face à des obligations familiales ou personnelles dont l'exécution pourrait être mise en péril par une réduction des conditions de travail, notamment sur le plan salarial. Entre deux maux, il faut parfois choisir le moindre, tout douloureux qu'il soit. Par ailleurs, la clause orphelin n'est-elle pas qu'une variation sur le thème de l'ancienneté? Or le principe de l'ancienneté comme déterminant des droits des salariés est un concept généralement accepté, qui est d'ailleurs l'un des acquis formidables de l'action syndicale en ce qu'il met un frein à l'arbitraire patronal : la clause orphelin est simplement une façon nouvelle de conjuguer le principe d'ancienneté. Et de toute façon, l'usage de la clause orphelin n'est-il pas légitimé par le principe démocratique? Dans la mesure où la majorité des salariés consultés sur le projet final de convention collective exprime un vote favorable, ne doit-on pas respecter cette volonté?

Et finalement (car nous arrêterons après cela une liste d'arguments qui n'est pas exhaustive), la clause orphelin est simplement la traduction en milieu syndiqué d'une pratique largement répandue dans l'entreprise non syndiquée, qui est celle de la différenciation des salariés selon les besoins économiques de l'employeur. Car voyons ce qui se passe dans l'entreprise non syn-

³ Une étude récente semble cependant contredire cet argument-paravent de la création d'emplois (ou sa variante de la protection des emplois existants) : voir les résultats d'une enquête menée par Mme Mélanie Laroche, pour le Groupe de recherche sur le travail et les jeunes (département de relations industrielles de l'Université Laval), rapportée par Denis LESSARD, « Les clauses "orphelin" ne créent pas d'emplois », dans *La Presse*, Montréal, 6 mai 1999, à la p. B4.

diquée : sous réserve des dispositions législatives régissant les conditions minimales de travail⁴ ou interdisant la discrimination fondée sur un nombre restreint de motifs bien connus⁵, un employeur et un salarié non syndiqué peuvent s'entendre librement sur leurs conditions de travail, en particulier sur le plan salarial. On sait qu'en pratique, l'affirmation théorique de cette liberté joue en faveur de l'employeur, dans la plupart des cas : pour le salarié et le postulant-salarié, la liberté se résume souvent à l'adhésion aux conditions proposées, pour ne pas dire imposées, par l'employeur. Mais, cela dit, il arrivera que certains salariés jouissent d'un réel pouvoir de négociation sur l'établissement de leurs conditions de travail et que deux salariés en apparence égaux bénéficient de traitements différents, malgré qu'ils effectuent des tâches identiques : par exemple, l'employeur peut avoir accepté de rémunérer l'un d'eux davantage que l'autre parce qu'il voit dans le premier un potentiel de progression que l'autre n'a pas. Dans la mesure où cette discrimination, car c'en est une, ne repose pas sur l'un ou l'autre des motifs interdits par les lois applicables, rien ne s'oppose à la différenciation. De la même façon, un employeur dont les salariés ne sont pas syndiqués peut très bien, en vue de réduire graduellement ses coûts d'exploitation, décider par exemple qu'à partir de telle date, il appliquera aux nouveaux arrivants dans l'entreprise une échelle salariale inférieure à celle dont jouissent les salariés qui ont été embauchés avant cette date ou prolongera la période de probation, et ainsi de suite. L'affaire n'est peut-être pas sage sur le plan des relations de travail, mais juridiquement, elle est inattaquable sauf à y voir (ce qui demeure tout de même une objection fondamentale), comme le fait valoir la Commission des droits de la personne et de la jeunesse du

⁴ *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., c. N-1.1 (entreprises provinciales); partie III du *Code canadien du travail*, L.R.C. 1985, c. L-2 (entreprises fédérales).

⁵ Voir les articles 10 à 20.1 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12 (pour les entreprises provinciales) et les articles 3 à 16 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, c. H-6 (pour les entreprises fédérales). Les motifs de distinction illicite au sens de la Charte québécoise sont les suivants (article 10) : race, couleur, sexe, grossesse, orientation sexuelle, état civil, âge (sauf dans la mesure prévue par la loi), religion, convictions politiques, langue, origine ethnique ou nationale, condition sociale, handicap ou utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap. Les motifs de distinction illicite aux fins de la Loi canadienne sont semblables (articles 2 et 3) : race, origine nationale ou ethnique, couleur, religion, âge, sexe (y inclus la grossesse), orientation sexuelle, état matrimonial, situation de famille, état de personne graciée ou déficience.

Québec⁶, une forme déguisée de discrimination fondée sur l'âge. C'est donc dire que, d'une certaine façon, le phénomène de la clause orphelin, ou son équivalent, peut exister, et de fait existe, dans les environnements non syndiqués. Or, pourquoi ne froncer les sourcils que si la clause orphelin est insérée dans une convention collective? Pourquoi ce qui est acceptable dans un environnement non syndiqué cesserait-il de l'être dans un environnement syndiqué?

Mais justement, c'est bien là le nœud de l'affaire : il y a entre l'un et l'autre environnements une différence essentielle, qui modifie complètement la problématique. Car, et l'on ne nous en voudra pas de sombrer un instant dans la tautologie, dans un environnement non syndiqué, il n'y a pas de syndicat alors que dans un environnement syndiqué, il y en a un dont la présence change radicalement les choses.

Le conférencier précédent a envisagé la clause orphelin sous l'angle de la conformité à la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec. Nous l'envisagerons plutôt sous un autre angle, tout différent, en deux propositions : 1° l'inclusion d'une clause orphelin dans une convention collective est susceptible de violer le devoir de juste représentation qui incombe au syndicat, et 2° à supposer même qu'on ne soit pas d'accord avec la première proposition, l'inclusion d'une clause orphelin dans une convention collective remet en cause, sape même, les principes d'équité et de solidarité sur lesquels se fonde l'action syndicale.

1 CLAUSE ORPHELIN ET DEVOIR DE JUSTE REPRÉSENTATION

Les clauses orphelins, on le sait, se présentent en formes et modèles variés : certaines pratiquent la double échelle salariale, d'autres modifient le rythme de progression dans une échelle

⁶ Voir les deux avis rendus par la Commission à ce propos : *La rémunération à double palier et les autres clauses dites orphelins dans les conventions collectives : conformité au principe de non discrimination*, 24 avril 1998; *Conformité avec la Charte des droits et libertés de la personne du projet de loi modifiant la Loi sur les normes du travail, projet de loi 97*, 2 novembre 1990.

salariale (par exemple par l'ajout de paliers intermédiaires qui augmentent le nombre d'années nécessaires pour atteindre le seuil maximal); d'autres encore fixent des seuils plus élevés à l'acquisition de certains droits; certaines ont une durée qui coïncide avec celle de la convention collective; d'autres sont plus brèves; certaines sont même assorties de mesures en quelque sorte compensatoires (par exemple : une convention collective diminue de 5 % l'échelle salariale des nouveaux salariés mais réduit en revanche substantiellement la période de probation ou le nombre de mois ou d'années de service nécessaires pour atteindre le statut de salarié régulier ou permanent⁷). Avouons tout de suite que nos propos ne tiendront guère compte de ces distinctions qui pourraient être importantes : nous traiterons des clauses orphelins en vrac, pour ainsi dire, et ferons donc l'économie de certaines nuances.

Rappelons d'abord une vérité connue de tous et de toutes : le syndicat, ou plus exactement, l'association accréditée ou agent négociateur, si l'on veut rester fidèle au vocabulaire du *Code du travail* et du *Code canadien du travail*, a à l'endroit des salariés qu'il représente, et de tous les salariés qu'il représente, un devoir de juste représentation. Ce devoir naît de l'accréditation elle-même, qui, dans le modèle de rapports collectifs qu'ont retenu nos législateurs, confère un **monopole** de représentation au syndicat. Par l'octroi de ce monopole, qui dérive uniquement de l'accréditation, le syndicat devient le seul et exclusif titulaire du droit de représenter tous les salariés d'une unité de négociation dans leurs rapports avec l'employeur. Et quand on dit tous les salariés, c'est bien de tous les salariés dont il s'agit : qu'ils soient membres du syndicat ou non, qu'ils en soient de fervents militants ou des opposants, à partir du moment où les salariés font partie de l'unité de négociation visée, le syndicat exerce le droit de représentation. Dès lors, le droit qu'avait chaque salarié, individuellement, de négocier ses conditions de travail avec l'employeur est transféré au syndicat, indépendamment de la volonté de chaque salarié et par le seul effet de l'accréditation. Globalement, le transfert est avantageux : ce que chaque salarié ne pouvait négocier pour lui-même, le syndicat pourra l'obtenir pour tous, dans le cadre d'une

⁷ Exemple emprunté à Sylvain LEPAGE, « Les pratiques défavorables au nouveau salarié dans la convention collective : le cas de la double échelle », (1989) Cahiers de droit 525, aux pp. 529-530.

convention collective négociée d'égal à égal avec l'employeur. C'est en tout cas l'objectif, qui est la traduction la plus pure de la maxime « l'union fait la force ».

Reste que même si c'est à son avantage, du moins, en théorie, le salarié dorénavant représenté par un syndicat, est pour l'essentiel dépossédé de son droit de négocier lui-même un traitement individuel avec l'employeur. Cette dépossession, ou si l'on préfère cette expropriation, toute justifiée qu'elle soit par un souci d'efficacité dans le rééquilibrage des forces en présence, n'est acceptable pourtant que dans la mesure où elle a pour corollaire et contrepartie un devoir de juste représentation, devoir qui incombe au syndicat à l'égard de tous et chacun des salariés de l'unité de négociation. Bien avant que les législateurs ne s'avisent de le sanctionner dans leurs lois, les tribunaux de droit commun, suivant en cela l'exemple américain, avaient reconnu que le droit exclusif de représentation conféré au syndicat signifie en même temps et de façon indissociable un devoir de juste représentation à l'égard de tous les salariés de l'unité de négociation, fussent-ils membres ou non du syndicat, favorables ou défavorables, chauds, tièdes ou froids. Autrement dit, le **droit** de représentation et le **devoir** de représentation forment une union symbiotique et le premier ne se conçoit pas sans le second. Ce devoir de juste représentation s'impose à toutes les activités de représentation du syndicat, qu'il s'agisse de négocier une convention collective ou de l'appliquer, y compris, dans ce dernier cas, par le recours à la procédure de grief⁸. Dans le cadre de toutes ces activités de représentation, le syndicat doit

⁸ Sur l'émergence et la nature du concept de « devoir de juste représentation » et sur le fait que ce devoir vaut pour toutes les composantes de l'activité syndicale de représentation, y compris aux fins de négociation de la convention collective, voir : Reuben M. BROMSTEIN, « Must an Individual Union Member's Right Be Sacrificed to Protect the Group Interest », (1970) R.I. 325; Bernard ADELL, « The Duty of Fair Representation – Effective Protection For Individual Rights in Collective Agreements », (1970) R.I. 602; Jean-Denis GAGNON, « Le devoir de représentation des associations de salariés en droit canadien et québécois », (1981) 41 R. du B. 639; R. M. BROWN, « Towards a General Theory of Fair Representation in Contract Administration », dans *Studies in Labour Law*, sous la dir. de Kenneth P. SWAN et Katherine E. SWINTON, Toronto, Butterworths, 1983, 177; Bernard ADELL, « Collective Agreements and Individual Rights : A Note on the Duty of Fair Representation », (1986) 11 Queen's L.J. 251, aux pp. 259 et ss.; Marc-André LAROCHE, *Le devoir de représentation juste sous le Code canadien du travail : fondement et application*, Montréal, Les Éditions ÉdiPro Inc., 1991; Timothy J. CHRISTIAN, « The Developing Duty of Fair Representation », dans (1991) II *Labour Arbitration Yearbook* 3; Robert P. GAGNON, Louis LeBEL et Pierre VERGE, *Droit du travail*, 2^e éd., Ste-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 1991, aux pp. 364 et ss.; Robert P. GAGNON, *Le droit du travail au Québec, pratiques et théories*, 3^e éd., Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., (... suite)

agir de bonne foi, de façon raisonnable, sans arbitraire, caprice, abus ou discrimination, sans négligence grave ou hostilité à l'endroit d'un salarié ou d'un groupe de salariés.

Le *Code du travail* du Québec, tel que modifié en 1977, exprime en ces termes le devoir de représentation (qui existerait sans aucun doute en l'absence même de la disposition) :

« 47.2 Une association accréditée ne doit pas agir de mauvaise foi ou de manière arbitraire ou discriminatoire, ni faire preuve de négligence grave à l'endroit des salariés compris dans l'unité de négociation qu'elle représente, peu importe qu'ils soient ses membres ou non. »

Le législateur, cependant, aux articles 47.3 et ss du *Code du travail*, a réservé aux seuls cas de contestation d'une mesure disciplinaire ou d'un renvoi le recours que peut exercer le salarié qui se prétend victime d'une mauvaise représentation syndicale : on ne compte plus les décisions rendues en vertu de ces dispositions, qui nous permettent d'avoir une idée juste des exigences liées au devoir de juste représentation en ce contexte qui est essentiellement celui de l'arbitrage des griefs disciplinaires ou de renvoi et tout ce qui y est associé. Mais le fait que le recours ainsi créé soit restreint à la procédure de grief n'empêche pas que le devoir de juste représentation s'impose tout autant au syndicat lorsque celui-ci négocie la convention collective au nom et pour le compte des salariés.

Par comparaison, au fédéral, les choses ne sont pas aussi claires. C'est à l'article 37 du *Code canadien du travail* que l'on parle du devoir de représentation. La disposition, qui se lit actuelle-

1996, aux pp. 309-324; Deborah M. HOWES, « Recent Developments in the Duty of Fair Representation : Current Practice in Alberta », dans (1996-1997) *Labour Arbitration Yearbook* 133; Thomas R. Knight, « Recent Developments in the Duty of Fair Representation : Curtailing Abuse in British Columbia », dans (1996-1997) *Labour Arbitration Yearbook* 151; *Guilde de la marine marchande c. Gagnon*, [1984] 1 R.C.S. 509; *Gendron c. SAS de l'APFC*, [1990] 1 R.C.S. 1299 (qui traite de l'article 136.1 C.c.t., devenu article 37 C.c.t., dans sa version antérieure : la cour tient cependant des propos généraux sur le devoir de représentation); *Centre hospitalier Régina Ltée c. Tribunal du travail*, [1990] 1 R.C.S. 1330. Dans un autre ordre d'idées, pour une réflexion générale sur la représentation en droit du travail, voir : Gregor MURRAY, « La représentation en relations industrielles – Perspectives et prospective », dans *La représentation – Miroir ou mirage de la* (...suite)

ment comme suit, a été précédée de deux versions (sous le numéro d'article 136.1) reproduites également ci-dessous :

« Disposition actuelle : 37. Il est interdit au syndicat, ainsi qu'à ses représentants, d'agir de manière arbitraire ou discriminatoire ou de mauvaise foi à l'égard des employés de l'unité de négociation dans l'exercice des droits reconnus à ceux-ci par la convention collective.

Disposition antérieure (1984) : 136.1 Le syndicat ou ses représentants ayant fonction d'agent négociateur d'une unité de négociation ne peuvent pas agir de manière arbitraire, discriminatoire ou de mauvaise foi envers quelque employé de l'unité quant à leur droit dans le cadre de la convention collective qui leur est applicable.

Disposition antérieure (1978) : 136.1 Lorsqu'un syndicat est accrédité à titre d'agent négociateur d'une unité de négociation, il doit, de même que ses représentants, représenter tous les employés de l'unité de négociation de façon juste et sans discrimination. »

On pourrait penser que, malgré cette modification du texte, le législateur fédéral n'a pas libéré le syndicat de son devoir de juste représentation dans le cadre de la négociation d'une convention collective, devoir qui subsiste nécessairement parce qu'il est l'indissociable corollaire du droit exclusif de représentation. Simplement, il aurait harmonisé l'ampleur de l'article 37 au recours prévu aux articles 97, paragraphe a, et 99 C.c.t. : ce n'est que dans la mesure où il veut se plaindre d'une mauvaise représentation effectuée dans le cadre de l'application de la convention collective, et donc essentiellement dans le cadre d'une procédure de grief, que le salarié a un recours précis devant ce qui est aujourd'hui le Conseil canadien des relations industrielles. Mais l'inexistence d'un recours spécifique ne signifierait pas que le devoir de juste représentation n'existe pas dans le cadre de la négociation, quoiqu'il soit certainement plus difficile d'en contester l'exécution. Autrement dit, le devoir de juste représentation, dans sa vocation la plus

démocratie au travail, sous la dir. de Michel AUDET, Esther DÉOM, Anthony GILES et Alain LAROCQUE, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 1994, 7.

large, continuerait d'exister malgré le fait que l'article 37 C.c.t. n'en ait codifié qu'une partie⁹. Et c'est cette partie-là seulement qui peut faire l'objet d'un recours devant le Conseil canadien des relations industrielles.

Dans un premier temps, les membres du Conseil canadien des relations de travail, tel qu'il était alors, semblent avoir considéré au contraire que la modification du texte législatif fédéral signifiait que le syndicat n'avait plus de devoir de juste représentation au stade de la négociation de la convention collective¹⁰. Depuis, la jurisprudence semble avoir tourné¹¹ puis retourné¹² (encore que les occasions d'affirmer le principe ne soient pas nombreuses vu la nature des recours institués par le *Code canadien du travail*). Nous nous en tiendrons pour cette raison, quant au reste de notre exposé, au droit québécois (sauf pour la seconde partie, dont la vocation est plus générale). Notre incursion du côté fédéral souligne cependant, par contraste, la portée du texte québécois qui, lui, impose sans aucun doute le devoir de juste représentation au syndicat durant la phase des négociations d'une convention collective.

Mais quel est au juste le contenu obligationnel de pareil devoir? Comment le devoir de juste représentation s'exprime-t-il dans un contexte de négociation? Il faut d'abord, et de toute évidence, tenir compte de la nature même du processus de négociation, un processus qui n'est pas

⁹ Au soutien de cette position, voir : Marc-André LAROCHE, *op. cit.*, note 8, aux pp. 6 à 17.

¹⁰ *Parsley v. Kennedy and Longshoremen's Protective Union, Local 1953*, (1986) 86 C.L.L.C. 14, 149.

¹¹ Voir par exemple : *Harris and International Longshoremen's Association, Local 1657*, (1986) C.L.L.C. 16,059 (décision n° 597); *Reynolds et Syndicat des travailleurs en télécommunications*, C.C.R.T. 16 janvier 1987 (décision n° 607); *McCance et Fraternité des ingénieurs de locomotives et autres*, (1987) di 149. Voir aussi : Timothy J. CHRISTIAN, *loc. cit.*, note 8, aux pp. 19-20.

¹² Voir la récente décision du Conseil canadien des relations de travail, décision rendue par un banc complet présidé par J. Weatherhill : *International Brotherhood of Locomotive Engineers v. Rousseau*, (1997) 28 C.L.L.C. n° 220-007. Dans cette décision, le Conseil cite un extrait de la décision rendue par la Cour suprême dans *Centre hospitalier Régina Ltée* (précitée, *supra*, note 8), passage où la Cour réitère que le devoir de juste représentation incombe au syndicat en matière de négociation comme en matière d'application de la convention. Tout de suite après avoir cité ce passage, le Conseil écrit que : « Under section 37 of the Canada Labour Code, of course, the duty of fair representation applies only in respect of "rights under the collective agreement" » (à la p. 143, 109). Cette précision, faite en *obiter* (l'affaire visant le devoir de représentation en contexte d'arbitrage), laisse nettement entendre que le syndicat n'est pas tenu à ce devoir en matière de négociation.

tout entier le fait du seul syndicat : au contraire, le processus de négociation, et l'on nous pardonnera cette nouvelle vérité de La Palice, est un processus bilatéral. La convention collective est négociée par le syndicat **et** l'employeur, et elle est le fruit de leur marchandage, par un jeu de demandes et de concessions réciproques. Et comme le signale très justement un auteur :

« Il est possible que certaines clauses qui se retrouvent finalement dans le texte de l'entente aient tout d'abord paru inacceptables au syndicat et que ce dernier ait dû se résoudre à ce qu'elles soient ratifiées en raison de l'incapacité dans laquelle il s'est trouvé de convaincre ou de forcer l'employeur à adopter des stipulations qui soient différentes. »¹³

Par ailleurs, dans le cadre du processus de négociation, le syndicat doit avoir une certaine discrétion, une certaine latitude dans la prise des positions et des décisions de négociation qui lui paraissent le plus bénéfiques à l'ensemble du groupe ou à la majorité des membres de celui-ci même si elles peuvent défavoriser certains salariés ou sous-groupes de salariés ou leur déplaire. Cette discrétion et cette latitude garantissent l'autorité du syndicat dans les négociations avec l'employeur et consolide ainsi sa force. Et la doctrine et la jurisprudence reconnaissent la nécessité de cette discrétion¹⁴ qui permet d'arbitrer entre des intérêts divergents ou inconciliables et de faire primer, lorsqu'il est raisonnable de le faire, les intérêts collectifs et généraux sur les intérêts particuliers. La proposition relève de l'utilitarisme philosophique adapté à la sauce

¹³ Jean-Denis GAGNON, *loc. cit.*, note 8, à la p. 671.

¹⁴ Voir en particulier Jean-Denis GAGNON, *loc. cit.*, note 8, aux pp. 668-672. Voir aussi : *Centre hospitalier Régina Ltée et Tribunal du travail*, précité, note 8, à la p. 1347; *Group of Seagram's Employees and Distillery, Brewery, Winery, Soft Drink, and allied Workers Union, local 604 and B.C. Distillery Company Limited*, (1978) 1 C.L.R.B.R. 375 (1977 – British Columbia Labour Relations Board). Dans cette dernière affaire, on contestait la validité d'une disposition conventionnelle par laquelle on avait conféré à sept salariés une « super-ancienneté » en raison de leur participation vigoureuse à des activités de piquetage. En raison de cette super-ancienneté, ces sept salariés se sont trouvés à supplanter sept salariés en réalité plus anciens. Le *Board* considère que ce genre de super-ancienneté, inscrite à la convention collective, pourrait être rationnellement justifiée par des considérations liées au processus de marchandage propre à la négociation mais qu'en l'espèce, le syndicat n'avait fait valoir aucun argument de fond au soutien de la mesure, se contentant de dire qu'il convenait de récompenser les sept salariés à cause de leur militantisme constant et efficace. Le *Board* n'accorde cependant aucune ordonnance remédialrice en raison des circonstances particulières de l'affaire. Notons que la décision du *Board* contient des passages fort intéressants au sujet du devoir de représentation incombant au syndicat en marge de la négociation de la convention, le tout en rapport avec le droit exclusif de représentation.

syndicale : en principe, le plus grand bien est atteint par la satisfaction du plus grand nombre (« utilitarian model : the greatest good will be achieved by satisfying the greatest number »¹⁵). On s'entendra toutefois pour affirmer que le syndicat ne peut pas abuser de cette discrétion : la notion d'abus de droit, consacrée par l'article 7 du *Code civil du Québec*, trouve certainement ici application et limite implicitement la discrétion syndicale (du reste le champ sémantique de la notion d'abus de droit, telle que défini par les tribunaux, renvoie à « malice » et « mauvaise foi », à « discrimination » et « déraisonnable », ce qui recoupe nettement le champ de l'article 47.2 C.t.).

Mais à tout principe il doit y avoir des exceptions et la discrétion de négociation reconnue au syndicat ne saurait être absolue, ni légitimée dans tous les cas par l'argument de la majorité. Bernard Adell souligne fort à propos que notre système juridique existe tout à la fois pour donner effet à la volonté de la majorité et pour la contrecarrer (« Our legal system exists both to give effect to and to counteract the will of the majority »¹⁶). Adell ajoute qu'en matière de rapports collectifs de travail on semble avoir oublié le second terme de la proposition pour ne retenir que le premier, comme si la défense ou la revendication d'intérêts particuliers ou minoritaires ne pouvait que porter préjudice aux intérêts majoritaires, des intérêts perçus comme légitimes du seul fait qu'ils sont majoritaires. C'est sans doute une observation qui va trop loin, mais tout de même : par la mission de juste représentation qui lui incombe, le syndicat doit tout autant faire valoir les intérêts de la majorité qu'empêcher l'oppression de la minorité. En ce sens, la protection des intérêts de la majorité ne peut pas se faire en **bradant** les intérêts de la minorité. Et certainement, lorsque le *Code du travail* impose au syndicat de se conduire sans mauvaise foi, arbitraire, discrimination ou négligence grave, c'est à cela aussi que, nécessairement, il renvoie.

¹⁵ Timothy J. CHRISTIAN, *loc. cit.*, note 8, à la p. 3.

¹⁶ Bernard ADELL, « Collective Agreements and Individual rights : A Note on the Duty of Fair Representation », précité, note 8, à la p. 251.

Mais qu'en est-il de tout cela pour le sujet des clauses orphelins? Sans nier le caractère particulier des circonstances dans lesquelles peut germer l'idée de telles clauses, sans nier tout à la fois les difficultés et les hasards propres à la négociation, sans nier la nécessité de protéger les intérêts de ceux qui sont déjà en place, il nous faut bien avouer que, personnellement, nous voyons dans ces clauses une façon, assez peu élégante du reste, de brader les intérêts d'une minorité.

On objectera immédiatement que le syndicat ne peut pas être tenu à un devoir de représentation à l'endroit d'individus qui ne sont pas encore à l'emploi de l'employeur et ne font donc pas partie de l'unité de négociation que représente le syndicat et pour le compte de laquelle il négocie la convention collective : cette affirmation, et nous le disons sans égard, nous semble relever d'une conception bien littérale, pour ne pas dire étriquée, du devoir de juste représentation. D'une part, dans la mesure où la convention collective s'applique aux salariés présents et aux salariés futurs de l'unité (ce que le *Code du travail* énonce explicitement à l'article 67 C.t.), les parties à la convention, et tout particulièrement le syndicat, ne peuvent pas faire abstraction de l'impact futur de leurs choix actuels. D'autre part, on peut dire que le devoir de représentation du syndicat à l'endroit des salariés futurs existe de façon virtuelle dans la mesure où il négocie avec l'employeur des dispositions conventionnelles qui, précisément, ont pour objet de s'appliquer à des salariés qui ne sont pas encore là mais qui, dès leur embauche, seront et devront être représentés, en toute égalité, par le syndicat : ce dernier est donc tenu à une vision prospective de son devoir de représentation.

Le syndicat qui consent (même sous pression) à une clause orphelin ou la propose agit de façon discriminatoire. Rappelons ici que le syndicat (ou plus exactement l'association accréditée), nous dit l'article 47.2 C.t., doit agir sans mauvaise foi ni arbitraire ni discrimination et sans faire preuve de négligence grave. Notons tout d'abord que cette énumération n'est pas oiseuse : on ne peut pas croire que le législateur se soit répété. S'il a utilisé des termes différents, c'est qu'il visait des situations différentes. On est ainsi fondé à penser que lorsqu'il interdit une action discriminatoire, il le fait **sans égard à la bonne ou à la mauvaise foi de l'association**

accréditée, la mauvaise foi constituant un chef distinct d'interdiction. La discrimination, c'est donc autre chose, qui ne fait pas nécessairement appel à la mauvaise foi. Par ailleurs, lorsque l'article 47.2 du *Code du travail* interdit la discrimination, il ne renvoie pas seulement à la discrimination contraire à la *Charte québécoise des droits de la personne*. Non : dans le cadre de l'article 47.2 C.t., le mot « discrimination » a son sens le plus large de **différence défavorable**. Le syndicat ne doit pas, dans l'exercice de ses activités de représentation, agir de façon discriminatoire, c'est-à-dire établir entre les salariés des différences telles que certains salariés soient globalement traités plus mal que les autres. Il peut bien sûr y avoir des différences entre salariés, des différences rationnellement justifiées dont l'existence ne fait pas présumer de la violation du devoir de représentation¹⁷. Mais les différences ainsi établies ne doivent pas avoir pour objectif ou pour effet de faire en sorte qu'un salarié ou un groupe de salariés soient globalement maltraités par rapport aux autres salariés comparables. Or c'est précisément ce qui se produit avec les clauses orphelins. C'est le cas aussi, notons-le au passage, de certaines distinctions entre salariés à temps plein et salariés occasionnels ou à temps partiel (pensons à la convention collective qui, en cas de renvoi prive le salarié à temps partiel du recours au grief : on peut certainement se demander comment, au nom de l'intérêt général des salariés, justifier une telle suppression du droit au grief, qui semble avantager surtout l'employeur, et même s'il y a eu de la part de ce dernier des concessions qui, de façon générale, auront surtout avantagé les salariés à temps plein).

Mais pour en revenir aux clauses orphelins, lorsqu'elles méritent ce surnom, elles constituent elles aussi un bel exemple de « maltraitement » de salariés par l'établissement d'une différence défavorable. Et c'est une différence qui n'a rien à voir avec le principe de l'ancienneté, du moins lorsque les normes d'ancienneté sont appliquées de façon uniforme : ce qui est discriminatoire, ce n'est pas le recours, direct ou indirect, au principe d'ancienneté, c'est l'énonciation ou l'application de normes d'ancienneté différentes. Et l'énonciation de ces normes différentes, et

¹⁷ Par analogie, voir *Ford Motor Company c. Huffman*, (1953) 73 S. Ct. 681, 345 U.S. 330.

moins favorables, fait écho, en sous-main, à un élargissement extraordinaire, et à notre avis abusif, de la notion de droits acquis.

Et l'on n'osera pas arguer, sûrement, que celui qui ne veut pas être assujéti à une clause orphelin n'a qu'à refuser l'emploi qui lui est offert : l'argument ne ferait que confirmer l'idée du bradage de droits...

À vrai dire, le salarié syndiqué ne peut certainement pas être dans une position pire que celle du salarié non syndiqué : c'est pourtant, malheureusement, ce qui se produit avec les clauses orphelins, alors que le salarié syndiqué, en plus de subir une pratique discriminatoire, se trouve privé de la possibilité de négocier pour lui-même un traitement plus favorable, une possibilité qui existe dans l'environnement non syndiqué et dont certains pourraient se prévaloir efficacement.

Tout cela étant dit, qu'en est-il du recours? Car on peut bien gloser à l'infini sur l'existence du droit, s'il n'y a pas de recours, ou pas de recours efficace, on peut tout aussi bien se taire : comment, donc, contester la clause orphelin que contient une convention collective?

Ce serait nier l'évidence que de ne pas signaler le problème, car c'en est un, du recours potentiellement pertinent à la contestation d'une clause orphelin, recours qui viserait vraisemblablement à obtenir la nullité de la clause en question et celle du régime qui en découle (le recours créé par les articles 47.3 et suivants C.t. étant évidemment exclu). Le problème n'en est pas que de forum (nous y reviendrons d'ailleurs plus loin) mais soulève une question plus substantielle : à supposer qu'il ne soit pas dans la capacité d'un syndicat de consentir à une clause orphelin, sauf à violer son devoir de juste représentation, qui poursuivra-t-on? Le syndicat, sûrement, mais il faudra bien penser aussi à l'employeur qui, tout autant que le syndicat, est responsable de l'inclusion de la clause à la convention. L'employeur se trouverait donc partie à une instance fondée sur la violation d'une obligation incombant à son cocontractant syndical, et dont l'issue peut remettre en cause tout l'équilibre des négociations. Cela est vrai mais, en

revanche, il ne faut pas négliger le fait que l'employeur qui négocie avec le syndicat doit savoir que celui-ci est tenu à un devoir de juste représentation : c'est une donnée que l'employeur ne peut pas ignorer ou négliger et on pourrait vouloir qu'il subisse les conséquences de son aveuglement à cet égard. Mais, enfin, il y a là, certainement, une difficulté à tout le moins conceptuelle.

Se pose également la question du forum approprié : à supposer qu'un groupe de salariés assujettis à la clause orphelin décide d'en demander la nullité, comment le faire? Par voie de grief? C'est l'hypothèse paradoxale : pourrait-on concevoir d'un tel grief, en rapport avec lequel le syndicat devrait d'ailleurs respecter son devoir de juste représentation? De façon très stricte, on pourrait faire valoir que la demande en nullité de dispositions conventionnelles n'est pas un grief au sens de l'article 1 du *Code du travail*, puisqu'il ne s'agit pas d'une mésentente relative à l'interprétation ou à l'application de la convention collective. On devrait alors se demander si cette mésentente est visée par l'article 102 du *Code du travail*, auquel cas il faudrait effectivement user de la procédure de grief (c'est une hypothèse qui n'est pas très plausible, car l'on imagine mal que la convention ait prévu l'éventualité de la contestation de la validité d'une de ses dispositions). À tout événement, il est peu probable qu'un arbitre ait la compétence nécessaire, sur le plan juridictionnel, pour déclarer nulle ou inopérante une disposition conventionnelle pour cause de violation du devoir de représentation¹⁸.

Reste alors, comme seul recours envisageable, un recours devant les tribunaux de droit commun. C'est la solution à laquelle on en arrive dans les autres provinces en cas de violation du devoir de représentation au stade de la négociation¹⁹, en l'absence d'un recours administratif

¹⁸ Et cela malgré qu'il ait, de par le paragraphe 100.12a) C.t., le pouvoir d'interpréter et d'appliquer les lois, y compris le *Code du travail*.

¹⁹ Voir par exemple : *Young v. United Mines Workers of America, Local No. 7606*, (1988) 48 D.L.R. (4th) 48 (Cour du banc de la Reine de Saskatchewan). Dans cette affaire, un salarié poursuit son syndicat auquel il reproche la violation du devoir de juste représentation en marge de la négociation de la convention collective : selon le plaignant, les représentants du syndicat auraient promis de protéger les droits d'ancienneté du plaignant et d'autres salariés, ce qui ne fut pas fait, le mode de calcul de l'ancienneté ayant été modifié par la suite dans la nouvelle convention. La Cour du banc de la Reine de la Saskatchewan (...suite)

spécifique. Au Québec, les tribunaux de droit commun, dans quatre cas au moins, ont reconnu la validité de tels recours (même s'ils n'ont pas toujours donné raison aux plaignants sur le fond)²⁰. On dira que quatre fois, c'est peu, mais l'affaire s'explique : chacun et chacune connaît les coûts, financiers et autres, d'un tel recours et rares seront les salariés qui auront eu les moyens, ou l'audace (car c'est risquer de se mettre à dos et l'employeur et le syndicat), de s'en prévaloir.

Il faut aussi considérer que, dans le passé, les quelques contestations de ce genre (qu'elles aient été faites devant les tribunaux de droit commun ou les instances spécialisées) n'ont guère été

considère que l'affaire peut être portée devant les tribunaux de droit commun dans la mesure où la loi ne réserve pas de recours particulier à ce type de violation du devoir de représentation (devoir de représentation consacré par la loi). Une décision sur le fond fut ensuite rendue par la Cour : *Young c. U.M.W., Local No. 7606*, Cour du banc de la Reine de Saskatchewan, référence Quick Law [1989] S.J. n° 229 (28 avril 1989). Voir *infra*, note 21.

²⁰ Voir *Côté c. Métallurgistes unis d'Amérique, section locale 9311*, Cour supérieure du Québec, 4 août 1997, référence Quick Law [1997] A.Q. n° 2734. La Cour supérieure y rejette une action intentée par une salariée qui reproche à son syndicat de lui avoir, dans la convention collective, fait perdre ses droits d'ancienneté. Le juge, visiblement, estime toutefois qu'il a pleine compétence pour entendre l'action (et c'est d'ailleurs ce qu'il fait!). Voir aussi : *Tremblay c. S.E.P.B., section locale 57*, Cour supérieure du Québec, juge C. Tellier, 13 mai 1996, référence Quick Law [1996] A.Q. n° 1282. Le juge Tellier y est d'avis qu'un arbitre n'est pas le forum compétent pour entendre un tel recours. Voir aussi : *Couture c. Syndicat des agents de la paix en services correctionnels du Québec*, D.T.E. 98-844 (C.S.). Il y s'agit d'une action en nullité, en injonction permanente et en dommages-intérêts intentée par des salariés surnuméraires à l'encontre du syndicat qui les représente. On conteste l'entente négociée avec l'employeur, entente qui modifie (en les réduisant) les conditions de travail des surnuméraires. On conteste aussi certaines dispositions beaucoup plus anciennes de la convention collective concernant leur participation à la vie syndicale. Entre autres arguments (dont certains fondés sur la Charte québécoise et l'exercice de la liberté d'association), on invoque, la violation du devoir de représentation du syndicat dans le cadre des négociations. La Cour supérieure rejette la requête en injonction interlocutoire (mais à notre connaissance, la question n'a pas été réglée sur le fond). Sur la question même du devoir de représentation, le juge fait un long rappel des règles applicables et de la jurisprudence et il n'exclut pas, tout au contraire, que ce devoir incombe au syndicat dans l'exercice de ses activités de négociation. Il reconnaît même implicitement que le recours intenté devant la Cour supérieure l'a été valablement et devant le bon forum. Néanmoins, le juge décide qu'en l'espèce : « La preuve présentée par les requérants, à l'étape interlocutoire, n'a pas convaincu le Tribunal que les dirigeants du Syndicat ont agi de mauvaise foi ou d'une manière arbitraire, capricieuse, discriminatoire ou abusive. » (par. 51 de la décision). Voir aussi : *Bélanger c. Syndicat des travailleurs de portes et fenêtres de Lotbinière*, Cour du Québec, 22 juin 1998, REJB 98-09277 : un salarié reproche à son syndicat (poursuivi en dommages-intérêts) de l'avoir mal représenté en négociant la clause d'une convention relative à un programme de « chômage privilégié », clause dont il s'est prévalu et qui s'est avérée illégale. La Cour juge qu'elle est le seul forum approprié, le recours particulier créé par les articles 47.3 et ss C.t. n'étant pas applicable en l'espèce.

couronnées de succès, les instances hésitant à s'ingérer dans la discrétion conférée au syndicat en matière de négociation de convention collective. On trouve dans les autres provinces canadiennes quelques exemples de telles contestations (aucune sur les clauses orphelins toutefois) : échec dans la majorité des cas²¹, mais quelques réussites tout de même (par exemple lorsque la

²¹ Voir par exemple : *Young v. United Mines Workers of America, Local no. 7606*, (1988) et (1989), précitées, note 19. Dans la seconde décision (sur le fond), la Cour du banc de la Reine de Saskatchewan écrit ce qui suit (passages divers) :

« (p. 2) A union has the same exclusive power as spokesman in negotiating a collective agreement. The exclusivity that gives rise to the duty of fair representation in grievances must surely give rise to a like duty in negotiating a collective agreement. The first principle quoted above [extrait de *Guilde de la marine marchande c. Gagnon*] must just as surely apply to such negotiating.

(p. 7) The plaintiffs say U.M.W.A. breached its duty to fairly represent them by making this agreement [qui restreignaient les droits d'ancienneté des plaignants contrairement à un engagement public fait antérieurement en vue de les convaincre de changer de syndicat]. [...] The mining division employees [les plaignants étaient de la division du "char"] were the majority but this doesn't automatically mean that U.M.W.A. acted arbitrarily. Before the Letter of Understanding (1983), it did try to resolve the matter through discussion with the competing factions [...]

(p. 8) The Letter of Understanding (1983) reflected the position of the majority. It was ratified by a vote of the membership. There is no suggestion that there was anything wrong with the way the vote was conducted.

However, there must, as well, be no tyranny of the majority. *In other words, the union cannot take seniority rights from the minority for the sole purpose of pleasing the majority. There must be objective reasoning behind the bargaining.* [...] The union was not necessarily taking from minority rights as against protecting the majority in signing the Letter of Understanding (1983). Resulting detriment to the minority does not automatically mean breach of a duty to fairly represent all the employees. [...] *Radenko and Local Union 304 Canadian Union of United Brewery, Flour, Cereal, Soft Drink and Distillery Workers*, a decision of the Ontario Labour Relations Board, deals with a union caught in circumstances similar to those in which U.M.W.A. here found itself. A collective agreement was changed to give seniority rights where there had been none. The head note reads: [...]

Held : The complaint was dismissed. There was nothing inherently unlawful in the decision by the union to favour certain employees at the expenses of others, as long as the decision was not arbitrary, discriminatory or in bad faith. However, special considerations attached to a union decision which affected the job security of a minority of the union members; it was not enough to say that the decision was based on the will of the majority. The union had to show that it had made a decision which could reasonably have been made in all the circumstance. Here, the union was faced with a deteriorating economic situation; the drivers in the bargaining unit were barely surviving. It was a no win situation because some group was going to be hurt by the economic pressures, if not those laid off on the basis of seniority, then those who had the least financial strength. The Board could not conclude that the union's decision was without objective justification. Neither the motive nor the consequences of the union's decision

(...suite)

preuve démontrait qu'un syndicat avait agi, et en l'espèce négocié une clause défavorable, sans considérer soigneusement les intérêts minoritaires, pesé et soupesé toutes les options possibles, fait les recherches nécessaires et agi objectivement, etc.)²². Au Québec, pour le moment, des quelques actions intentées, l'une a été rejetée sur le fond²³ et l'autre au stade interlocutoire²⁴, l'une a été accueillie²⁵ et la dernière a rejeté une objection à la compétence de la cour²⁶

violated its duty of faire representation. Further, the procedure followed by the union was free of arbitrariness, discrimination or bad faith.

The same reasoning could be valid for the present case. »

(Les crochets et les italiques sont nôtres.)

²² Voir par exemple : *Vickers v. Health Sciences Association of Alberta*, (1997) 28 C.L.L.C. 220-044 (Alberta Labour Relations Board); *Health Sciences Association of Alberta v. Litousky*, (1997) 28 C.L.L.C. 220-068 (Alberta Labour Relations Board).

²³ *Côté c. Métallurgistes unis d'Amérique, section locale 9311*, précitée, note 20 : convention collective qui change l'ancienneté par département en ancienneté globale, ce qui entraîne le bumping de la demanderesse (à noter : la nouvelle mesure s'appliquait également à tout le monde, et aux nouveaux arrivants comme aux anciens).

²⁴ *Couture c. Syndicat des agents de la paix en services correctionnels du Québec*, précitée, note 20.

²⁵ *Tremblay c. S.E.P.B., section locale 57*, précitée, note 20 : une avocat est à l'emploi de la ville de Montréal et représentée par le syndicat défendeur. Elle quitte son emploi pendant la période de négociation de la convention collective. Cette convention comporte la clause suivante :

« 4.08 La rétroactivité découlant des alinéas précédents est versée à chaque avocat, à l'emploi de la ville à la date de la signature de la convention collective, dans les soixante (60) jours de la dite signature. »

Cette rétroactivité visait une période pendant laquelle la salariée était encore à l'emploi de la ville. La demanderesse prétend que cette clause lui fait perdre l'augmentation qui lui aurait été versée malgré son départ. Elle allègue que le syndicat a « commis une faute à son endroit en ne représentant pas correctement ses intérêts. » Après avoir rappelé l'article 47.2 et cité jurisprudence et doctrine, le juge écrit :

« (p. 9) On pourrait retenir de tout ceci qu'à cause du fait que le Syndicat est, de par la loi, imposé aux salariés d'une unité d'accréditation et que ceux-ci sont tenus de payer une cotisation, qu'ils soient membres ou pas, le Syndicat, en contrepartie, se voit imposer un critère de compétence et d'intégrité très élevé dans l'exécution de son mandat de représentation. [...] (p. 10) Lors de la signature le 13 avril, il y avait 3 avocats qui avaient quitté leur poste pendant la durée des négociations et qui, par l'application de la clause de rétroactivité, perdaient leurs droits à un ajustement rétroactif de leur salaire. De l'aveu même du conseiller syndical, la question de la rétroactivité n'a pas été soulevée en assemblée générale. Le cas de la demanderesse n'a pas davantage été considéré par les officiers du Syndicat.

Que doit-on penser de ce comportement? Le Tribunal est d'avis qu'il est inacceptable. Quand le Syndicat a été accrédité, il a été investi du devoir de représenter tous les avocats qui faisaient partie du module et cela comprenait et incluait la demanderesse qui, en février 1990, était à l'emploi de la ville, et ce au même titre que tous les autres avocats. Pendant toute cette période,

(...suite)

(aucune n'a formellement traité de clauses orphelins, sauf le cas des agents correctionnels, qui n'a cependant pas été décidée sur le fond²⁷).

Mais enfin, la question de la validité des clauses orphelins, il faut bien le dire, mérite amplement une cause type : après tout, tant de choses n'ont jamais été faites et tant de décisions jamais prises jusqu'à ce qu'elles le soient pour la première fois. L'affaire nécessite toutefois une détermination et des moyens considérables. Stratégiquement (et paradoxalement), il serait peut-être même préférable que le syndicat poursuivi dans le cadre d'une telle action perde sa cause : si un tribunal décidait en effet que les clauses orphelins violent le devoir de juste représentation, il offrirait en même temps aux syndicats un moyen de résister aux demandes patronales qui iraient dans le sens de l'inclusion de telles dispositions à la convention collective.

elle a acquitté ses cotisations syndicales, était membre en règle, participait aux activités et avait droit à une représentation au même titre que tous les autres membres.

Les droits de la demanderesse devaient être défendus et réclamés et le Syndicat ne l'a pas fait. Il s'en est tout simplement désintéressé et a méconnu ses droits. Il a complètement ignoré la demanderesse.

Le Syndicat n'a cherché en aucune façon à rejoindre la demanderesse pour obtenir son accord ou ses instructions. Dans l'esprit du Tribunal, ceci constitue une exécution fautive du mandat statutaire et de l'obligation de représentation équitable. On doit alors présumer que la demanderesse s'en tenait au mandat statutaire qui devait être exécuté normalement. »

Dans le même sens, voir : *Association aérienne du contrôle du trafic aérien c. La Reine*, [1985] 2 C.F. 84 (Cour fédérale, division d'appel).

²⁶ Voir *Bélanger c. Syndicat des travailleurs de portes et fenêtres de Lotbinière*, précité, note 20 : un salarié reproche à son syndicat (poursuivi en dommages-intérêts) de l'avoir mal représenté en négociant la clause d'une convention relative à un programme de « chômage privilégié », clause dont il s'est prévalu et qui s'est avérée illégale. La Cour juge qu'elle est le seul forum approprié, le recours particulier créé par les articles 47.3 et ss C.t. n'étant pas applicable en l'espèce.

²⁷ *Couture c. Syndicat des agents de la paix en services correctionnels du Québec*, précité, note 20.

II ÉQUITÉ ET SOLIDARITÉ COMME PRINCIPES FONDAMENTAUX DE L'ACTION SYNDICALE

Finalement, indépendamment de la légalité des clauses orphelins au regard du devoir de juste représentation ou même eu égard à la *Charte des droits et libertés de la personne*, on peut certainement se demander si la pratique des clauses orphelins ne contredit pas les principes d'équité et de solidarité sur lesquels s'est construite l'action syndicale.

Parlons d'abord d'équité, l'équité qui n'est pas le droit mais qui, d'une certaine façon, doit gouverner le droit. Les philosophes se penchent depuis des siècles sur la notion d'équité et nous n'avons ici, on le comprendra, pas la moindre prétention à cet égard. Tout de même, retenons de certaines lectures quelques définitions qui semblent particulièrement pertinentes :

« **Équité** - 1. Ensemble de principes exogènes au droit positif, qui le transcendent et lui pré-existent (acception objectiviste).²⁸

[...]

Perception objectiviste de l'équité. Cette acception exprime la facture classique de la théorie de l'équité.

Dans cette optique, l'équité est conçue comme un concept exogène au droit positif et le transcendant. Elle est constituée d'un ensemble de principes qui pré-existent au droit positif et qui orientent aussi bien l'élaboration que l'application du droit.

Dans cette acception, l'équité suppose des rapports étroits avec le droit naturel, avec la justice, avec la morale et, à ce titre-là, elle est importante pour le juge mais aussi pour le législateur.²⁹

[...]

²⁸ *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., sous la dir. d'André-Jean ARNAUD, Paris, Cercle de sociologie et de nomologie juridique, L.G.D.J., 1993, à la p. 233.

²⁹ *Id.*, à la p. 234.

Ainsi, dans cette conception objectiviste, l'équité est en dehors du système juridique, elle constitue son horizon culturel qui transcende le droit mais le nourrit par les injonctions morales qu'il lui adresse de manière transhistoriques.³⁰ »

Et encore celles-ci :

« Équité.

1. Notion de justice visant l'équilibre des intérêts en présence. "Tous ont le sentiment de la justice, mais tous n'en ont pas la même conception [...] L'équité par définition consiste à tenir la balance égale entre les intérêts en présence" (Colin et Capitant, traité, t. 1, n° 15, p. 12). *Équité d'un partage*.
[...]

2. Ensemble des principes fondés sur des valeurs telles la morale, la raison, l'utilité, correspondant au sentiment commun de ce qui est juste. "[...] l'équité se réclame soit du droit naturel ou de la raison, soit [...] de la morale, soit [...] du sens commun, d'une sorte d'évidence à la fois logique et sentimentale [...]. l'équité traduit ainsi une réaction instinctive devant les problèmes humains [...]" (Jestaz, *Rép. droit civ.*, v° Équité, n° 7). *Juger en équité, traiter avec équité.* »³¹

L'équité est donc principe d'équilibre et de justice, extérieur au droit mais qui le conditionne. C'est cette équité-là³² qui, nous semble-t-il, est à la base de l'action collective en matière de travail : car c'est pour introduire de l'équité, c'est-à-dire de l'équilibre, dans les rapports de travail, là où il n'y a autrement qu'une égalité contractuelle formelle et partant factice, que l'action collective s'est développée. Or la clause orphelin, au delà du droit, ne rompt-elle pas justement le principe d'équité? Même si les clauses orphelins étaient légales, en seraient-elles plus équitables? Le mouvement syndical sait bien, pour l'avoir prêché sur tous les tons face à l'action patronale, que le droit n'épuise pas l'équité, que la légalité n'est pas l'équité.

³⁰ *Id.*, à la p. 235.

³¹ *Dictionnaire de droit privé*, 2^e éd., Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1991, à la p. 230.

Quant à la solidarité, rappelons-en d'abord le sens courant :

« Relation entre personnes ayant conscience d'une communauté d'intérêts, qui entraîne pour les unes, l'obligation morale de ne pas desservir les autres et de leur porter assistance » (extrait)³³

Obligation morale de ne pas desservir les autres : l'argument n'est pas grand sur le plan juridique mais il veut tout dire pour des institutions qui ne vivent que par la cohésion et par la force de conviction qu'elles génèrent chez leurs adhérents. Les solidarités survivent mal aux coups de force, même temporaires, et elles se défont plus facilement qu'elles ne se font. Elles survivent mal aussi aux rationalités *ex post facto* et aux considérations du type : « on vous fait du mal mais c'est pour votre bien ». Les syndicats québécois ont moins subi le déclin d'effectifs que leurs homologues américains, anglais ou même français mais il ne faudrait pas que leur action, absolument essentielle, se ressente de pratiques porteuses d'exclusion.

³² C'est-à-dire l'équité dans sa conception objectiviste et non dans sa conception subjectiviste. Voir là-dessus *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, précité, note 28.

³³ *Le Nouveau Petit Robert*, sous la dir. de Josette REY-DEBOVE et Alain REY, Paris, Dictionnaires Le Robert, 1996, à la p. 2107.

AU-DELÀ DES CORPORATISMES

François REBELLO, président
Force Jeunesse¹

En fonction de l'engagement électoral du Premier ministre, la Ministre du Travail doit déposer un projet de loi interdisant les clauses orphelins d'ici la fin de la présente session parlementaire. Il n'est pas clair si ce projet de loi interdira toutes les clauses orphelins ou uniquement certains types. L'enjeu pour les jeunes est de convaincre le gouvernement d'adopter une loi suffisante pour protéger véritablement les jeunes contre la discrimination. En contrepartie, le milieu patronal s'oppose à une législation. Pour sa part, le milieu syndical est mitigé sur la question. Après avoir signifié vouloir une loi qui interdirait uniquement les doubles échelles permanentes (dont les maximums ne se rejoignent jamais), la FTQ semble accepter une législation plus large. Quant à la Ministre, elle invoque un éventuel impact négatif sur la création d'emplois pour justifier son hésitation à légiférer contre toutes les clauses orphelins.

Le Gouvernement est particulièrement inconfortable puisque la commande récente de compressions de 6 % de la masse salariale a provoqué la signature de plusieurs clauses orphelins dans le secteur public (gel d'échelon des enseignants, gel de l'embauche dans les ministères qui fait en sorte que les jeunes qui auraient normalement remplacé les travailleurs ayant pris une retraite anticipée devront se contenter de postes d'occasionnels et même de stages pour diplômés, baisse des salaires des employés municipaux surnuméraires, les jeunes infirmières qui devaient normalement avoir accès à des postes libérés par les retraites anticipées conservent un statut précaire (sur appel...), baisse de 30 % des salaires des jeunes médecins, baisse des conditions des agents de prison occasionnels).

¹ Créée en juillet 1998, l'organisation *Force Jeunesse* regroupe des jeunes travailleurs et professionnels de tous les horizons et vise à améliorer les conditions de travail des jeunes ainsi que leurs perspectives d'emplois.

1 LE FAUX PROBLÈME DE LA DÉFINITION

Certains intervenants, provenant surtout du milieu patronal, prétendent que l'absence de consensus sur la frontière exacte d'une clause « orphelin » justifie le report de toute décision en la matière. Contrairement à ce que ceux-ci prétendent, une définition fait largement consensus. C'est celle utilisée par la Commission des droits de la personne et de la jeunesse. Celle-ci étend sa définition des clauses « orphelins » à toute clause qui a pour effet de ne plus « [...] fonder la politique salariale sur des critères communs à l'ensemble du personnel »². En appliquant ce cadre d'analyse, le concept de clauses « orphelins » inclut à la fois la discrimination basée sur le statut d'emploi et celle basée sur l'existence d'une double échelle salariale ou du gel de l'échelle salariale. Cette définition est fondée davantage sur l'effet discriminatoire que sur la nature exacte de la mesure. De plus, cette définition ne se limite pas au milieu syndiqué. En effet, il est possible de retrouver une clause « orphelin » dans une politique de rémunération sans qu'il y ait de conventions collectives ni de syndicat.

Bien que loin d'être parfaite, cette définition est au moins aussi précise que la définition de la discrimination basée sur le sexe qui a constitué une base suffisante pour l'élaboration d'une loi pour l'équité salariale.

Il faut aussi noter que le principe de non-discrimination envers les nouveaux travailleurs est implicite si l'on est favorable au principe d'équité salariale entre les hommes et les femmes. Un juge français a d'ailleurs déclaré ce qui suit dans un jugement protégeant une secrétaire contre une différence de salaire vis-à-vis une collègue :

« La règle de l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes est une application de la règle plus générale "à travail égal, salaire égal" énoncée (...) par

² COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *La rémunération à double palier et les autres clauses dites « orphelins » dans les conventions collectives : conformité au principe de non discrimination*, Michel Coutu, 24 avril 1998, p. 9.

le Code du travail; ...il s'en déduit que l'employeur est tenu d'assurer l'égalité de rémunération entre tous les salariés de l'un et l'autre sexe, pour autant que les salariés en cause sont placés dans une situation identique »³.

Quant à la justification amenée par certains, selon laquelle la protection des acquis sociaux justifierait l'utilisation de clauses « orphelins », elle nous semble pervertir le sens de l'expression. Nous croyons que devrait être considéré comme un « acquis social » seulement ce qui est à la portée de tous les citoyens. À cet égard, l'accès universel au service de santé peut davantage être considéré comme un acquis social que des conditions de travail supérieures pour les anciens auxquelles les nouveaux n'ont pas accès.

11 IMPACTS SOCIAUX DES CLAUSES « ORPHELINS »

Les défenseurs de l'équité entre les générations sont parfois accusés d'occulter les injustices basées sur les différences entre les « classes sociales ». Ceux qui lancent de telles critiques affirment que les écarts de richesse ne sont pas reliés à l'âge des personnes, mais bien à leur « origine sociale ». On comprend donc, contrairement à ce que laissent entendre les tenants de telles accusations, que la réduction des injustices intergénérationnelles ne s'inscrit pas en faux avec la réduction des inégalités sociales. En effet, les études récentes démontrent que l'aggravation des inégalités sociales vécue depuis le début des années 1980 est en bonne partie explicable par les iniquités entre les générations.

L'étude de Morissette indique qu'entre 1981 et 1993, le salaire des jeunes hommes de 18 à 24 ans diminuait de 20 %, alors que celui des hommes de 45 à 54 ans s'accroissait de 20 %⁴. Les chercheurs de Statistiques Canada sont d'avis « qu'outre les facteurs cycliques, les variations

³ Arrêt Sté Delzongle c/ MmePonsolle, Cass. soc. 29, octobre 1996 (no. 4133 P+F).

⁴ MORISSETTE, R., *Dégradation de la situation des jeunes hommes par rapport au marché du travail*, Statistiques Canada, 1998, No 89-553-XPB au catalogue.

dans la distribution des heures annuelles travaillées ainsi que les différences de salaires horaires dans les divers groupes d'âge sont les principaux facteurs qui expliquent pourquoi l'inégalité des gains s'est accrue au Canada pendant les années 1980 »⁵.

III LES CLAUSES « ORPHELINS » NE SAUVENT PAS D'EMPLOIS

En effet, le Groupe de recherche sur le travail et les jeunes du Département des relations industrielles de l'Université Laval a constaté que les entreprises ayant signé des clauses « orphelin » n'ont pas sauvé davantage d'emplois que celle n'y ayant pas eus recours. Pourtant, toutes ces entreprises étaient soumises au même contexte économique : « force est de constater que des entreprises ont trouvé d'autres moyens que les clauses "orphelins" pour maintenir leur compétitivité » soutiennent les auteurs. À titre d'exemple, plusieurs municipalités ont préféré demander à tous les employés de prendre deux journées de congé non payées de plus plutôt que d'imposer une baisse de salaire beaucoup plus importante aux nouveaux travailleurs; pourquoi ne pas accepter qu'un tel partage devienne la règle?

Les défenseurs des clauses « orphelins » prétendent que la seule façon de protéger les emplois des jeunes et d'empêcher la sous-traitance à rabais est de signer une clause « orphelin ». Cette logique est valide que si l'on considère les conditions de travail des permanents comme étant intouchables. En effet, dans l'hypothèse où une réduction des coûts de main-d'œuvre doit être effectuée, tous conviendront qu'une multitude d'options s'offrent aux deux parties, notamment la réduction de la rémunération ou des avantages sociaux de l'ensemble du personnel. Pourtant, cette option est souvent délibérément exclue des scénarios de compression. Il ne reste que des options affectant les nouveaux employés, et donc, principalement les jeunes. De toute évidence, en situation de compression, à moins de revoir les acquis des permanents, les jeunes écopent au nom de la protection des acquis des anciens. Quand la CEQ a affirmé que le gel des échelons

⁵ MORISSETTE, R. et al., *L'inégalité des gains au Canada : le point sur la situation*, Statistiques Canada, 1994, p. 3.

du personnel enseignant (entraînant une perte annuelle de 1 000 \$ par jeune enseignant) était la seule manière d'éviter le gel de l'embauche, c'était qu'elle avait décidé qu'une contribution de 300 \$ par année de tous les enseignants était hors des possibilités mises sur la table de négociations. Dans le secteur municipal, où l'objectif des administrateurs municipaux était de réduire la masse salariale, une réduction de 6 % de tous les salaires, y compris des nouveaux travailleurs, aurait pu permettre l'atteinte de l'objectif de façon équitable sans pour autant entraîner de la sous-traitance à rabais.

Plusieurs négociations pour la mise en œuvre de la compression de 6 % dans le secteur public ont conduit à des ententes équitables. Les professeurs d'une bonne partie du réseau des Universités du Québec ont fait une concession salariale de 5 % et ont accepté une rémunération des congés sabbatiques à 80 % plutôt qu'à 90 % en échange d'une augmentation de l'embauche. Grâce à cette concession, le nombre de fermetures de postes a pu être diminué à l'UQAM, alors qu'à Hull et à Rouyn, les professeurs ont réussi à obtenir que chaque poste laissé vacant soit comblé⁶.

IV LA LÉGISLATION ACTUELLE EST INSUFFISANTE

La législation actuelle ne permet pas de protéger les nouveaux travailleurs contre un traitement discriminatoire. En effet, la Charte des droits de la personne n'interdit pas la discrimination basée sur la date d'embauche. Pour qu'une clause orphelin soit considérée comme illégale en vertu de la Charte, il faut qu'il soit démontrable que la discrimination est basée sur l'âge. Cependant, il arrive que des nouveaux travailleurs ne soient pas nécessairement plus jeune que les anciens. Si l'intention du législateur est d'interdire la discrimination contre les nouveaux

⁶ Ces informations proviennent d'articles de Pierre Jalbert, publiés dans les numéros d'octobre 1996 et de mars 1997 du journal *Université* publié par la FOPPU.

travailleurs, il est donc légitime qu'une telle interdiction soit clairement formulée dans la législation.

L'autre source de droit existante pouvant possiblement protéger les nouveaux travailleurs contre une discrimination est l'article 47.2 du *Code du travail* qui oblige un syndicat à représenter sans discrimination tous ces membres en échange de la perception d'une cotisation obligatoire. Cette protection nous semble insuffisante pour plusieurs raisons. D'abord, la jurisprudence ne témoigne pas du fait que cet article est interprété dans le sens d'une protection accordée aux travailleurs qui ne sont pas encore membre du syndicat au moment de la signature du contrat de travail. Deuxièmement, cet article ne contraint que la partie syndicale; l'autre signataire de la convention, la partie patronale, étant complètement déresponsabilisé face aux effets discriminatoires d'un contrat de travail. De plus, il va sans dire que les nouveaux travailleurs non syndiqués ou encadrés par un contrat de travail signé par un syndicat non accrédité sont sans protection. Finalement, il faut ajouter que l'article 47.3 qui décrit les recours possibles pour faire respecter le principe de non discrimination auprès des syndicats, ne prévoit un mécanisme de plainte au Ministre que dans le cas d'un renvoi ou de sanction disciplinaire. Le seul recours accessible contre son syndicat en cas de clause « orphelin » est donc un recours devant un tribunal de droit commun, ce qui est loin d'être à la portée de tous. Finalement, il me semble que de privilégier un mécanisme de protection ne visant que la partie syndicale place le nouveau travailleur dans une situation de conflit ouvert avec son syndicat, et par conséquent, avec ses collègues de travail.

Constatant l'insuffisance, nous sommes d'avis, comme la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec, qu'il est nécessaire d'inclure l'interdiction de la discrimination contre les nouveaux travailleurs dans la *Loi des normes du travail* qui protège autant les travailleurs salariés syndiqués que non syndiqués au Québec.

V LE SOPHISME DE LA COMPARAISON INTERNATIONALE

Quant à l'argument selon lequel une telle interdiction n'existerait pas ailleurs, nous croyons qu'il est avancé un peu rapidement. En effet, d'autres sociétés semblent protéger les nouveaux travailleurs. La législation française du travail affirme le grand principe de « salaire égal, travail égal » qui interdit toute discrimination, y compris celle basée sur la date d'embauche⁷. En Allemagne, les normes salariales fixées par branches d'activités s'appliquent de la même façon à tous les travailleurs.

Bien que le *Code du travail* s'inspire du modèle américain, il est arrivé à plusieurs occasions que des droits soient consentis aux travailleurs du Québec sans pour autant l'être en Ontario ni aux États-Unis. Par exemple, le Québec a innové en adoptant la notion de salaire égal, pour les travailleurs à temps partiel, laquelle interdit d'accorder un salaire horaire inférieur, ainsi qu'une période de congé annuel inférieure, à ceux consentis aux autres salariés qui effectuent les mêmes tâches dans le même établissement, pour le seul motif que ce salarié effectue habituellement moins d'heures par semaine⁸. Pourquoi ne pourrions-nous pas innover en matière de clauses « orphelins » comme nous l'avons fait en matière de travail à temps partiel?

VI ENCADREMENT NORMAL DE LA LIBERTÉ DE NÉGOCIER

D'autre part, certains invoquent la liberté de négocier comme argument moral : ils veulent être libres de signer des ententes inéquitables envers les nouveaux employés. Cet argument ne tient pas la route. En effet, même les tenants de l'État « minimal » conviennent du fait qu'il est légitime que l'État intervienne pour fixer les balises nécessaires à la protection de personnes en

⁷ *Code du travail* de France, L. 133-5-11, L. 136-2-8 et L. 133-5-4. Voir aussi arrêt *Ponsolle*, Cass. soc. 29, octobre 1996.

⁸ Information prise sur le site internet de Développement ressources humaines Canada (DRHC).

position d'infériorité. Après l'adoption de la loi anti-clauses orphelins, la liberté de négocier sera simplement encadrée à l'intérieur de balises justifiées.

VII RÉSISTER AU CORPORATISME

L'opposition de certains groupe d'intérêt est à prendre avec un grain de sel : avez-vous déjà vu un lobby patronal accepter une nouvelle mesure favorable à la justice sociale? D'autre part, l'appui des syndicats semble de plus en plus fort. Le milieu parlementaire est également du côté des jeunes : en phase avec la population qui s'oppose dans un proportion de 60 % aux clauses « orphelins » (enquête Sondagem, mars 1998), l'Assemblée nationale est unanimement en faveur de l'interdiction des clauses « orphelins ». Bien sûr, des ajustements pourraient être apportés en commission parlementaire. Mais le Premier ministre n'a pas à plier devant le chantage : la loi doit être déposée, discutée et adoptée rapidement. À l'aube d'un éventuel Sommet de la jeunesse, Lucien Bouchard a l'occasion de démontrer que l'Assemblée des élus du peuple est plus forte que les *lobbys* et que le bien public et l'équité entre les générations passe avant les intérêts corporatistes.