

Les Cahiers de droit



Les vacances annuelles dans l'arbitrage québécois des griefs

Catherine Lapointe

Volume 22, Number 3-4, 1981

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/042466ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/042466ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Lapointe, C. (1981). Les vacances annuelles dans l'arbitrage québécois des griefs. *Les Cahiers de droit*, 22(3-4), 785–826. <https://doi.org/10.7202/042466ar>

Article abstract

This article is a treatment of the decisions of courts of arbitration principally in the province of Quebec, with respect to grievances and problems which occur in regulating the annual vacation of employees. There exists three main problem areas. The first consists of the determination of the duration of the annual vacation and necessitates a study of the definition of the « service » notion. The second, concerns the remuneration to which the employee is entitled for such holidays. And lastly, is the difficulty which occurs when there is a conflict between the employer and the employee as to the period during which the annual vacation may be taken.

Les vacances annuelles dans l'arbitrage québécois des griefs

Catherine LAPOINTE *

This article is a treatment of the decisions of courts of arbitration principally in the province of Quebec, with respect to grievances and problems which occur in regulating the annual vacation of employees. There exists three main problem areas. The first consists of the determination of the duration of the annual vacation and necessitates a study of the definition of the « service » notion. The second, concerns the remuneration to which the employee is entitled for such holidays. And lastly, is the difficulty which occurs when there is a conflict between the employer and the employee as to the period during which the annual vacation may be taken.

	Pages
Introduction	786
1. La durée des vacances annuelles et l'allocation de congé	787
1.1. La notion de service	787
1.1.1. Les différents sens du mot « service »	787
1.1.2. Différentes interprétations de la notion de service dans la jurisprudence arbitrale québécoise	788
1.2. La notion de service continu	797
1.3. Le service et les différentes absences	799
1.3.1. L'employé qui quitte volontairement son travail	800
1.3.2. Autre cas de départ	800
1.3.3. Suspension	800
1.3.4. Absence pour maladie	801
1.3.5. Accident du travail	802
1.3.6. Mise à pied	803
1.3.7. La grève légale	804
1.3.8. Congés sans solde	805
1.4. Durée et allocation des vacances : implications des interprétations du service	806
1.4.1. La période de référence du service	806
1.4.2. Implications des interprétations du service	807
1.5. Durée et allocation des vacances : autres aspects	807
1.5.1. Les dispositions législatives	807
1.5.2. La durée des vacances, quelques statistiques	808
1.5.3. L'allocation de congé, modalités de calcul	809

* Étudiante à l'École du Barreau.

	<i>Pages</i>
1.5.4. Les griefs portant sur la durée et l'allocation des vacances	810
1.5.4.1. D'une convention collective à l'autre	810
1.5.4.2. Le sens du mot « gain »	812
2. La date des vacances annuelles	812
2.1. La procédure d'octroi de la date des vacances	812
2.1.1. Les éléments pertinents des clauses des conventions	812
2.1.2. Le droit de gérance de l'employeur	814
2.2. L'étude des griefs	817
2.2.1. Les griefs portant sur l'élaboration de la liste des vacances.....	817
2.2.1.1. L'ancienneté départementale ou par service	817
2.2.1.2. Choix et ancienneté c. Droit de gérance	818
2.2.1.2.1. Les arguments invoqués par les parties	818
2.2.1.2.2. Le jeu de la preuve	818
2.2.1.2.3. Les cas particuliers	820
2.2.2. Les griefs portant sur la modification de la liste des vacances après assignation	821
2.2.2.1. En cas de changement de département	821
2.2.2.2. En cas de mise à pied	822
2.2.2.3. L'employé qui veut modifier la date de ses vacances	823
2.2.3. Les éléments des conventions collectives, une limitation relative du droit de gérance de l'employeur	824
Conclusion	824

Introduction

Les vacances annuelles peuvent être classées comme faisant partie des avantages sociaux monétaires. Largement répandues dans le monde du travail d'aujourd'hui, elles répondent à la nécessité d'une certaine hygiène de vie. À côté des interventions législatives qui viennent assurer aux travailleurs en général un minimum de vacances annuelles payées, on ne peut nier l'importance qu'a eue, et qu'a encore, la négociation collective dans le développement de l'octroi aux salariés de vacances annuelles à des conditions allant au-delà des normes législatives.

Résultant de la négociation entre l'employeur et le syndicat accrédité de chaque entreprise, les clauses des conventions collectives portant sur les vacances annuelles constituent des clauses relatives aux conditions de travail des salariés au sens de la décision *Syndicat catholique des employés de magasins v. La Compagnie Paquet*¹. Ce sont donc indubitablement des éléments valides des conventions collectives et elles cadrent parfaitement avec la définition de cette expression à l'art. 1 d) du *Code du travail*².

1. [1959] R.C.S. 206.

2. L.R.Q., c. C-27.

Lorsque les conditions relatives aux vacances annuelles sont incluses dans les conventions collectives, les problèmes d'application et d'interprétation que posent ces conditions mènent, dans un certain nombre de cas, à l'arbitrage des griefs (cf. art. 11f) et les sections pertinentes du chapitre IV du *Code du Travail*). Aussi le présent texte a-t-il pour objet de présenter une vision générale de ces problèmes ainsi que des solutions qui y sont apportées et que l'on retrouve exprimées dans les décisions rendues lors des arbitrages.

Dans l'exposé qui suit, nous nous sommes efforcée de faire un tour approfondi des principaux aspects qui se dégagent des sentences arbitrales en matière de vacances annuelles. Nous avons dû, toutefois, limiter notre champ d'étude dans le temps. Ont donc été couvertes principalement les décisions arbitrales québécoises (recueils S.A.G.) de 1973 à 1979 — les recueils subséquents n'étant pas encore publiés lorsque cette étude a été achevée — avec quelques références, à titre explicatif ou comparatif, à la jurisprudence du reste du Canada (L.A.C.) et américaine (L.A.), ainsi qu'à la doctrine canadienne et américaine et aux lois pertinentes.

Ce travail est divisé en deux parties. La première porte sur la durée des vacances annuelles et sur l'allocation de congé, la seconde sur la détermination de la date des vacances annuelles. À l'intérieur de la première partie, nous avons d'abord étudié, dans une première section, la notion de « service », notion qui est à la base du mécanisme technique qui permet d'établir la durée et la rémunération des vacances annuelles. Une seconde section traite du « service continu » qui apparaît, à première vue, être une variante du « service ». La troisième section, enfin, porte sur le « service » toujours, mais en regard des différents types d'absences des salariés. Quant à la seconde partie, elle débute par une section consacrée à la procédure d'octroi de la date des vacances annuelles et se termine sur une étude des différents griefs se rattachant à ce thème.

1. La durée des vacances annuelles et l'allocation de congé

1.1. La notion de service

1.1.1. Les différents sens du mot « service »

Aux fins de l'analyse de la notion de service dans la jurisprudence arbitrale québécoise, il serait bon d'avoir en tête deux des sens que comporte ce terme, à savoir la signification des expressions suivantes : « être au service de » et « rendre service ».

Si on consulte le dictionnaire *Robert*, on note d'abord que le mot « service » provient du latin « servitium » qui veut dire esclavage. Retenons que l'esclavage, qui comporte l'idée d'un état, implique aussi qu'on effectue

certains travaux. L'expression « être au service de » traduit la fonction de domestique : on fait ici référence à une fonction, à un état, au lien d'emploi. L'expression « rendre service » signifie, par ailleurs, « ce qu'on fait pour se rendre utile » entre autres. Ici, c'est l'idée d'une action, de quelque chose que l'on *fait* qui se dégage, c'est le travail effectif que l'on exprime.

Cette ambiguïté linguistique du mot « service » a été, non pas la raison, mais l'occasion du fatras de griefs qui portent sur l'interprétation de ce terme dans la jurisprudence arbitrale. Quant à la raison de ces griefs, elle provient des implications qu'ont chacune des interprétations possibles du service sur divers avantages, comme par exemple l'accumulation des congés-maladie ou des jours de vacances annuelles.

1.1.2. Différentes interprétations de la notion de service dans la jurisprudence arbitrale québécoise

S'il y a tant de griefs qui tentent de définir ce qu'est le service, c'est certes à cause de l'ambiguïté linguistique du mot, mais c'est aussi parce que le terme n'est pour ainsi dire jamais défini dans les conventions collectives³. Dans *Hôtel-Dieu de Montréal*⁴, l'arbitre Michel Pelletier affirme à propos de cette absence de définition :

C'est cette obscurité de la convention qui est à l'origine de l'abondante jurisprudence que les parties n'ont pas manqué d'invoquer à l'appui de leur thèse respective. On distingue en effet dans cette jurisprudence des courants contradictoires : chaque tribunal étant en quelque sorte laissé à lui-même face au cas spécifique qui lui est soumis, se voit contraint d'avancer lui-même sa propre définition de cette notion si importante de « service ». Chaque solution ainsi élaborée peut paraître parfaitement logique et défendable quant à soi, mais aussitôt qu'on veut appliquer l'interprétation avancée à une situation ou un contexte légèrement différents, on aboutit souvent à des conclusions aberrantes ou même contradictoires.

Pourquoi ne définit-on pas ce qu'est le service dans la convention puisqu'il semble que cela réglerait en grande partie les problèmes rencontrés ? Il ne faut pas oublier que lors de la négociation entre le syndicat et l'employeur, il s'établit un rapport de forces entre les parties et que la convention collective n'est, en fait, que la résultante de ce rapport. Ainsi, dans la décision mentionnée à la note 3, le rapport de forces favorisa le syndicat, le terme « service » étant défini de façon très favorable à ce dernier. Cependant, il ressort de l'absence quasi unanime de définition du mot

3. À titre d'exemple, dans les S.A.G. de 1973 à 1979, il n'y a qu'un seul grief, en matière de vacances annuelles, où le mot « service » est défini : *La chaîne coopérative du Saguenay et Syndicat national des employés de La chaîne coopérative du Saguenay* (CSN), [1974] S.A.G. 339.

4. *L'alliance des infirmières de Montréal c. L'Hôtel-Dieu de Montréal*, [1974] S.A.G. 1895.

« service » dans les conventions collectives, que, généralement, les parties n'ont pas pu, ou pas voulu s'entendre sur ce point, préférant laisser aux arbitres des griefs le soin d'interpréter, la mésentente venue, la portée du service, sans doute pour concentrer leurs efforts sur d'autres questions.

La nécessité de la possibilité du recours à l'arbitrage dans un tel cas est d'ailleurs décrite par les professeurs Morin et Blouin⁵ :

... il arrive que la convention ne prévoit pas directement la façon de régler telle ou telle situation et que l'une des parties tente alors d'appliquer, par analogie ou par extension, une règle ou un principe qui y est énoncé ou qui serait sous-jacent. Une double question peut alors être soulevée : si elles ne peuvent ensemble trouver une solution satisfaisante, par qui et comment résoudre ce contentieux ? Cette question est très importante puisque les parties ne peuvent légalement se faire justice elles-mêmes par l'exercice des moyens de pression... En raison de cette contrainte légale, le Code du travail prévoit que les parties peuvent soumettre ces griefs à l'arbitrage d'une tierce personne.

Comme le service n'est pas défini dans les conventions, chaque arbitre y va donc de sa propre définition. Pour ce, il s'attache au texte de la convention collective qui lui est soumise et c'est à partir de ce texte qu'il va étayer son interprétation. Il s'ensuit que l'on peut remarquer un refus chez les arbitres d'établir une règle générale, une formule miracle qui résoudrait tous les cas. Outre M. Michel Pelletier dans *Hôtel-Dieu de Montréal*⁶, M. Jean-Yves Durand dans *C.S.S. Outaouais*⁷ expose cette préoccupation :

Le tribunal d'arbitrage arrive à la conclusion que chaque situation doit être réglée en fonction de la convention collective et des termes employés dans chacune de celles-ci. Le tribunal ne croit pas qu'il puisse énoncer une règle générale comme ceci a été fait dans un grand nombre de sentences arbitrales.

Cette façon de procéder est confirmée par l'emploi que font les arbitres québécois du *stare decisis*. Comme le mentionne René Laperrière dans *Laflamme et Hôpital St-Luc*⁸ :

... en matière d'arbitrage de griefs la règle judiciaire du *stare decisis* ne saurait recevoir d'application stricte : tout au plus est-il permis, à propos d'une même convention collective (ou d'un même texte) et de faits analogues ou similaires, de s'inspirer des motifs justifiant une décision antérieure, sans pour autant leur attribuer une application rigoureuse au cas soumis.

5. F. MORIN et R. BLOUIN, *Précis de l'arbitrage des griefs*, Coll. Relations du travail, Québec, P.U.L., 1980, section I-24.

6. *Supra*, note 3.

7. *Syndicat des professionnels du C.S.S. de l'Outaouais c. C.S.S. Outaouais*, [1979] S.A.G. 700 ; bien que cette décision interprète le service en matière de promotions et non pas de vacances annuelles, nous l'avons retenue car le tribunal d'arbitrage y détermine les solutions devant, selon lui, prévaloir en ce qui concerne chaque type de congés en regard du service.

8. *Renée Laflamme et Hôpital Saint-Luc*, [1973] S.A.G. 2013 (René Laperrière). À ce sujet voir : P. MORIN et R. BLOUIN, *supra*, note 5, à la section II-43.

Bornons-nous cependant à retenir que la règle du *stare decisis* n'est généralement pas d'application stricte. En effet, la deuxième proposition de René Laperrière n'est pas une vérité universelle non plus, la non application de la règle du *stare decisis* étant certainement effectuée à des degrés variables selon les arbitres. L'étude de M. Palmer⁹ à propos de l'utilisation du *stare decisis* dans les décisions arbitrales des provinces anglophones, nous laisse d'ailleurs présumer de cet état de faits au Québec.

Malgré ce refus d'établir une règle générale, on peut distinguer différentes approches dans la façon d'aborder le service, approches que nous allons maintenant exposer.

Il y a d'abord l'interprétation qui est généralement celle de l'employeur. Celui-ci va subordonner l'existence du service au travail effectif. Le fondement de cette affirmation se trouve dans une conception restrictive, traditionnelle, des relations de travail qui les réduit « aux droits et obligations réciproques du contrat individuel de travail... »¹⁰. Le lien contractuel serait donc fonction du travail effectif en contrepartie duquel le salarié reçoit une rémunération¹¹.

Quant au syndicat, il essaiera parfois de dire que le service doit être calculé en fonction de l'ancienneté accumulée par l'employé¹². Ainsi il affirmera que lors d'une absence autorisée par la convention collective pendant laquelle un employé accumule toujours son ancienneté, il accumule aussi du service. Dans d'autres griefs, il avancera que le service équivaut au temps écoulé¹³, par opposition au travail effectif.

La manière dont procèdent les arbitres pour régler les griefs qui leur sont présentés touchant à la question du service en relation avec les vacances annuelles, dépend du contenu des clauses pertinentes des conventions collectives. En effet, il faut distinguer entre l'interprétation qui est faite des

9. E.E. PALMER, *Collective Agreement Arbitration in Canada*, Toronto, Butterworths, 1978, p. 120 et ss.

10. Exemples de décisions où l'employeur a tenté de soutenir cette interprétation : *La chaîne coopérative du Saguenay et Syndicat national des employés de la chaîne coopérative du Saguenay* (CSN), [1974] S.A.G. 339; *Nadeau et Tétréault et Syndicat national des employés de l'Hôpital N.-D. de l'Espérance et Hôpital N.-D. de l'Espérance*, [1973] S.A.G. 1444; *L'alliance des infirmières de Montréal c. L'Hôtel-Dieu de Montréal*, [1974] S.A.G. 1895; voir aussi la dissidence de l'arbitre patronal dans *S.S. du Saguenay et Jacynthe Gilbert et Le Syndicat des employés du S.S. du Saguenay*, [1973] S.A.G. 1015.

11. Marc BRIÈRE, dans *Nadeau et Tétréault et Syndicat national des employés de l'Hôpital N.-D. de l'Espérance et Hôpital N.-D. de l'Espérance*, [1973] S.A.G. 1444.

12. Par exemple : *C.T.C.U.M. et Le Syndicat des employés du transport de Montréal*, [1973] S.A.G. 1053; *Le Syndicat des commis-comptables d'Alma Inc. c. La Caisse Populaire d'Alma*, [1978] S.A.G. 761.

13. Par exemple : *supra*, note 8.

conventions qui ne comportent aucune mention spécifique sur l'accumulation du service pendant les absences autorisées, de celles qui comprennent une clause comme suit :

Les absences autorisées en vertu de la présente convention n'interrompent pas le service continu¹⁴.

Ou encore :

Les absences à cause de maladie ou d'accident subi à l'occasion ou dans l'exercice des fonctions d'un employé, de même que les absences autorisées par la convention ou par la commission ne constituent en aucun temps une interruption de service quant à la computation de ses vacances¹⁵.

Si les arbitres sont en présence d'une convention collective n'incluant pas une clause comme ci-dessus, l'association du service au travail effectif sera généralement rejetée, à moins que les termes de la convention collective ne stipulent le contraire relativement clairement. Les motifs du rejet étant différemment exprimés, nous allons dégager quelques-uns des arguments invoqués.

M. Marc Brière dans *Hôpital Notre-Dame de l'Espérance*¹⁶ refuse cette association en disant que le lien d'emploi qui est créé lors de l'embauchage, déborde le cadre du lien contractuel, tel que décrit par l'opinion traditionnelle, c'est-à-dire une rémunération découlant de la prestation de travail¹⁷. Aujourd'hui, dit-il, il est possible d'être rémunéré sans effectuer un travail, si la convention collective le prévoit. En fait, il relie le service au maintien du lien d'emploi. Quels critères permettent de distinguer si ce lien d'emploi est maintenu ou non pendant une absence et si, par conséquent il y a service? Marc Brière en donne trois. Il qualifie les deux premiers d'avantages dont bénéficie le salarié absent. Il s'agit, d'une part, de l'accumulation de l'ancienneté par l'employé absent (on verra ultérieurement les conséquences qu'a pour lui la simple préservation de l'ancienneté au lieu de son accumulation) et, d'autre part, du fait que pendant la période d'absence, l'employé conserve le droit à son poste. Le troisième critère qu'il mentionne, est fondamental : la convention ne doit pas retirer expressément au salarié absent le droit à l'avantage réclamé, ou à une rémunération générale. Si la convention collective comporte une telle mention, il n'y a pas accumulation

14. *Le Syndicat des commis-comptables d'Alma Inc. c. La Caisse Populaire d'Alma*, [1978] S.A.G. 761.

15. *C.E.C.M. c. Le syndicat national des employés de la C.E.C.M.*, [1973] S.A.G. 1053.

16. *Supra*, note 11.

17. Nous ne voulons pas entrer dans la controverse qui entoure le mot « rémunération ». L'interprétation la plus communément rencontrée est celle-ci : toute prestation de l'employeur à l'employé, par opposition à l'interprétation restrictive qui assimile salaire et rémunération. M. Marc Brière adopte la première interprétation.

de service, comme dans le cas d'un congé sans solde. Il est possible de conclure de ce dernier critère que M. Brière considère que lorsqu'un employé absent accumule de l'ancienneté et conserve le droit à son poste, sans toutefois avoir droit aux autres avantages de la convention (comme c'est le cas lors d'un congé pour étude d'une certaine durée dans certaines conventions¹⁸), le lien d'emploi est trop ténu pour qu'il y ait accumulation de service.

Un autre critère, différent de ceux de M. Marc Brière, peut parfois être rencontré. Selon ce critère, qui se dégage de la décision *Hôpital Saint-Luc*¹⁹, la présence dans la convention d'une clause du genre :

En congé-maladie, le salarié reçoit une rémunération équivalente à celle qu'il recevrait s'il était au travail,

suffit pour conclure au service, en donnant une interprétation large au mot « rémunération ». En effet, si un employé reçoit sa complète rémunération, il ne peut être qu'en service et il bénéficie nécessairement de ses vacances qui sont une rémunération.

Nous voilà bien loin, pour revenir à notre point de départ, d'une association du service au travail effectif ! M. Marc Brière rejette une telle association, car il considère qu'elle ne serait pas conforme à la réalité des relations de travail. Mentionnons, de plus, qu'il refuse, tout comme M. René Laperrière dans *Hôpital Saint-Luc* de voir dans une définition de salarié du type : « toute personne... travaillant pour l'employeur moyennant rémunération »²⁰, une obligation pour l'employé d'accomplir un travail effectif pour accumuler du service.

D'autre part, les arbitres ont aussi, dans certains cas, affirmé, ce qui constitue un autre critère, que lorsque les clauses, ou l'esprit général de la convention collective, ont une connotation temporelle, le travail effectif est exclu comme critère de service²¹ ; l'emploi des expressions « mois de service écoulé » ou encore « années de service » leur permet d'argumenter dans ce sens²².

M. René Laperrière a encore affirmé, dans *Hôpital Saint-Luc*²³, qu'associer le service au travail effectif serait ajouter à la convention puisque celle-ci ne parle que de « service » et non pas de « service effectif ».

18. *Supra*, note 11.

19. *Renée Laflamme et Hôpital Saint-Luc*, *supra*, note 8, (René Laperrière).

20. Définition de salarié que l'on trouve dans plusieurs conventions collectives et qui s'inspire de celle du *Code du travail*.

21. *Syndicat des fonctionnaires de la S.A.Q. c. S.A.Q.*, [1975] S.A.G. 1467 (Marc Brière); *Hôpital Saint-Luc*, *supra*, note 8.

22. Argument rejeté dans *C.S.S. Outaouais*, *supra*, note 7, décision rendue par M. Jean-Yves Durand.

23. *Supra*, note 8.

L'interprétation qui consiste à dire que le service équivaut à l'ancienneté sera aussi rejetée, sauf si la convention est expressément au contraire comme dans *Caisse populaire d'Alma*²⁴ où la convention collective stipulait :

... l'ancienneté est la durée du service continu de l'employé chez l'employeur.

Dans *Institution des sourdes-muettes*²⁵, il s'agissait de la réclamation de congés annuels en fonction de leurs années d'ancienneté par d'anciens employés de la Crèche d'Youville, à la suite de leur placement à l'Institution des sourdes-muettes par le Comité Provincial de Placement et alors que l'Institution reconnaissait leur ancienneté dite globale. Comme les articles de la convention soumettaient l'accumulation des congés annuels à celle du service et que, d'autre part, cette convention ne prévoyait que le transport de l'ancienneté chez le nouvel employeur, le tribunal d'arbitrage décida que le service qui devait être considéré pour calculer la durée des vacances annuelles de ces employés, était celui qui avait été « effectué à l'emploi de l'institution » uniquement. On voit donc, dans cette décision, que le mot « ancienneté » ne suppose pas « service ». M. Edmun E. Tobin mentionne, d'ailleurs, à propos de la convention qu'il analyse :

Il semble donc que « service » soit le critère pour des avantages à caractère monétaire tandis que « ancienneté » soit celui pour les fins de sécurité d'emploi...

De même, dans *Service social du Saguenay*²⁶, l'arbitre cite la décision *Hôpital Royal Victoria* du 3 juillet 67 rendue par l'hon. Elphège Marier où celui-ci distingue les deux notions quoique, dit-il, elles puissent parfois coïncider.

De son côté, M. René Laperrière affirme que l'on n'emploie pas deux termes différents sans raison²⁷. De plus, comme les arbitres subordonnent l'existence du lien juridique d'emploi, et donc du service, entre autres au non-retrait de certains avantages et qu'il existe des cas d'absences où l'ancienneté s'accumule alors que l'employé ne bénéficie pas d'autres avantages de la convention, cette prétention d'identité des notions n'a pu être acceptée. C'est le cas, parfois, de la mise à pied²⁸.

24. *Le Syndicat des commis-comptables d'Alma Inc. c. La Caisse populaire d'Alma*, *supra*, note 14.

25. *Syndicat national des employés de l'Institution des sourdes-muettes et Institution des sourdes-muettes*, [1973] S.A.G. 1278 (Edmun E. Tobin).

26. *Le Service social du Saguenay et Jacynthe Gilbert et Le syndicat des employés du service social du Saguenay* (CSN), [1973] S.A.G. 1015 (André P. Casgrain).

28. Par exemple dans *Nadeau et Tétreault et Syndicat national des employés de l'Hôpital Notre-Dame de l'Espérance et Hôpital Notre-Dame de l'Espérance*, *supra*, note 10.

Cependant, l'ancienneté sera quelquefois un critère dans l'appréciation de la force du lien d'emploi. Ainsi, dans *Hôpital Notre-Dame de l'Espérance*²⁹, la convention stipulait qu'après douze mois d'absence-maladie, l'ancienneté cessait de s'accumuler pour n'être que conservée jusqu'au 24^e mois d'absence, date à laquelle le salarié perdait son emploi. Or, en rendant sa décision, M. Marc Brière a considéré qu'à partir du 12^e mois d'absence, le lien d'emploi devenait trop amoindri pour qu'il y ait accumulation du service, puisque l'ancienneté ne s'accumulait plus. Selon cette interprétation, alors que l'on peut accumuler de l'ancienneté sans accumuler de service, on ne pourrait accumuler de service sans accumuler d'ancienneté. Cette position a été vivement critiquée par M. René Laperrière dans *Hôpital Saint-Luc*³⁰, à propos d'une autre décision de M. Marc Brière où celui-ci soutenait la même façon de considérer l'ancienneté, mais en fonction de l'accumulation des congés de maladie³¹:

... la décision de l'arbitre Marc Brière imposant une limite d'un an à l'accumulation des congés-maladie ne saurait être retenue parce que c'est l'ancienneté qui cesse de s'accumuler au bout d'un an dans ces cas alors qu'elle se perd en même temps que l'emploi au bout de deux ans...

En résumé, les arbitres distinguent le service de l'ancienneté et l'associent généralement au lien d'emploi. Ils s'attachent donc à voir si ce lien est préservé ou rompu en regardant si le salarié absent conserve le droit à son poste et si une clause de la convention lui retire expressément le droit aux avantages de la convention collective pendant son absence. Parfois, l'arbitre tient compte de l'accumulation de l'ancienneté pendant l'absence, mais il y a divergence sur ce point. Parfois aussi, il voit si les termes des clauses pertinentes ont une connotation temporelle. Cependant, si la convention mentionne que pendant l'absence le salarié reçoit une rémunération équivalente à celle qu'il recevrait s'il était au travail, ce seul critère suffit, dans une optique large de la rémunération, à identifier l'état de service.

Des sentences arbitrales mentionnent cependant que le raisonnement que nous venons de décrire ne s'applique pas aux employés à temps partiel, dont la durée et l'allocation des vacances est calculée selon un système qui leur est propre. M. Marc Brière, dans *Hôpital Notre-Dame de l'Espérance*³², et M. René Laperrière, dans *Hôpital Saint-Luc*³³, qui avaient à décider du régime applicable au « service » des employés à temps complet, mentionnent que les bénéfices marginaux auxquels ont droit les employés à temps partiel

29. *Supra*, note 10.

30. *Supra*, note 8.

31. *L'alliance des infirmières de Québec et Le Syndicat des employés d'hôpitaux de Montréal Inc. c. L'Hôpital Pasteur*, 20 avril 1973.

32. *Supra*, note 10.

33. *Supra*, note 8.

sont crédités « au prorata de leur salaire » et donc de leurs heures effectivement travaillées³⁴. On retrouve la même application d'une base horaire dans *Union des employés de service*³⁵, mais ici utilisée carrément au calcul du service de ces employés à temps partiel, et non pas simplement à celui des vacances, selon un régime différent³⁶.

Une décision rencontrée n'est toutefois pas conforme à l'ensemble du raisonnement qui précède : *Cégep de Sainte-Foy*³⁷, rendue par M. Angers Larouche. Dans la convention collective en question, le droit à une certaine période de vacances dépendait, non pas du service de l'employé, non plus que d'un régime spécifié comme ayant un fondement horaire, mais de la *disponibilité* du professeur à temps partiel. Le tribunal d'arbitrage décida que la disponibilité dont on devait tenir compte selon la convention, était la disponibilité de principe prévue au contrat d'engagement, indépendamment des absences, et non pas la disponibilité réelle. On voit que ceci ne ressemble en rien aux solutions proposées précédemment.

Si les arbitres sont en présence d'une convention collective qui contient une clause spécifique portant sur l'accumulation du service pendant les absences autorisées, aux fins du calcul des vacances annuelles³⁸, ils n'utiliseront pas le processus que nous venons de décrire. Ils ne retiendront pas plus l'association du service au travail effectif et à l'ancienneté, mais ils dissocieront son accumulation de la présence des critères décrits précédemment et se contenteront de voir si l'absence en question est autorisée par la convention ou par l'employeur. Si elle est autorisée, ils concluront à l'accumulation du service. Cette façon de procéder aura d'ailleurs une incidence sur l'interprétation qu'ils feront du service continu, lequel sera étudié dans une section ultérieure. Selon cette méthode, l'exigibilité des avantages prévus par la convention, comme les vacances annuelles, et conférés par l'accumulation d'une période précise de service, reste cependant subordonnée à la présence des critères que nous avons dégagés antérieurement et ce, malgré l'accumulation du service pendant l'absence. Ce mode de calcul du service permet, par exemple, à l'employé absent en congé sans solde de continuer à accumuler du service pendant son absence et donc d'obtenir possiblement une plus grande quantité de vacances annuelles, les

34. *Id.*

35. *Hôpital Saint-Luc et Union des employés de service, local 298 FTQ*, [1973] S.A.G. 2258 (Jean-Paul Lemieux).

36. Cette décision peut d'ailleurs laisser supposer que l'arbitre considérerait le service de la même façon pour les employés à temps complet. Quoi qu'il en soit, il ne se prononce pas spécifiquement sur ce point.

37. *Syndicat des professeurs du Cégep de Ste-Foy c. Cégep de Ste-Foy*, [1975] S.A.G. 834 (Angers Larouche).

38. *Supra*, note 15.

congés n'étant toutefois exigibles qu'à son retour au travail, contrairement à la première méthode que nous avons décrite selon laquelle le service aurait été suspendu pendant une telle absence parce que sans solde, ce qui aurait entraîné peut-être l'obtention pour l'employé d'une période de congés moindre, son service étant réduit.

Les remarques faites précédemment sur la non-application de ces raisonnements aux employés à temps partiel sont valables ici.

En marge de toutes les sentences arbitrales dont nous avons parlé, une décision mérite encore d'être mentionnée. Il s'agit de la décision *C.S.S. Outaouais*³⁹ qui est intéressante parce que M. Jean-Yves Durand y a procédé selon une méthode originale. Il effectue d'abord l'analyse de la convention qui lui est soumise, laquelle ne contient pas de clause expresse sur l'accumulation du service pendant les absences autorisées, et conclut que le service y a le sens de travail effectif. L'arbitre prend cependant bien soin de dire qu'il ne veut pas instituer une règle générale. Il reproche, d'autre part, aux décisions qui associent le service au temps écoulé à l'emploi d'un employeur, de confondre ancienneté et service. Cette remarque est sujette à critique. En effet, si dans de nombreux cas il y aurait une analogie à établir entre l'accumulation de l'ancienneté et du service, comme dans le cas, par exemple, de l'employé qui connaît une absence qui ne rompt pas le lien d'emploi et pendant laquelle il accumule de l'ancienneté, il y a aussi des situations où, malgré l'interprétation du service adoptée par les arbitres (service différent du travail effectif), le service est rompu alors que l'ancienneté s'accumule. Ce serait, par exemple, la situation, non rencontrée, de l'employé mis à pied, régi par une convention collective ne comprenant pas de clauses spécifiques concernant le service pendant les absences autorisées, mais dont la convention comprendrait une disposition spécifiant que l'ancienneté s'accumule pendant une mise à pied.

Son raisonnement est ensuite le suivant : l'esprit de la convention collective va dans le sens de service égale travail effectif ; mais, comme le salarié reçoit son salaire pendant certaines absences, la réception de ce salaire, par une fiction de la loi, « sous-entend qu'un salarié fournit une prestation de travail ou l'équivalent ».

Contrairement aux arbitres Marc Brière et René Laperrière, M. Jean-Yves Durand procède en passant par le biais d'une fiction de la loi et d'une conception stricte de la rémunération, le salaire. Cette façon de voir le service est plus restrictive que la leur. Par exemple, l'employé absent pour maladie et ne recevant pas de salaire (c'est le cas de *Hôpital Notre-Dame de l'Espérance*, *supra*, note 11) peut être en service selon MM. Brière et Laperrière, mais ne l'est pas pour M. Durand, puisqu'il n'est pas rémunéré au sens strict.

39. *Supra*, note 7.

1.2. La notion de service continu

Les clauses de conventions collectives portant sur l'accumulation des vacances annuelles (il en est parfois de même pour la somme de l'allocation de congé) basent cette accumulation, dans les cas que nous avons rencontrés, soit sur le service (étudié précédemment), soit sur le service continu. Voici un exemple type de ces clauses :

Le salarié ayant au moins deux ans de service a droit à trois semaines de vacances.

Le salarié ayant au moins deux ans de service continu a droit à trois semaines de vacances⁴⁰.

Dans *Hôtel-Dieu de Montréal*⁴¹, M. Michel Pelletier a eu à donner son interprétation du service continu. Il s'agissait du cas d'un infirmier qui avait été embauché en avril 1967 et qui, de septembre 1972 à octobre 1973, avait obtenu un *congé sans solde* pour étude. Le syndicat porta un grief car l'employeur refusait de lui octroyer les quatre semaines de vacances qu'il réclamait. Les clauses pertinentes de la convention collective se lisaient ainsi :

L'infirmière ayant au moins (1) un an de *service* au 30 avril a droit à (4) quatre semaines de congé annuel.

L'infirmière ayant trois ans et plus de *service continu* au 30 avril peut prendre quatre semaines de congé annuel continues.

Même si l'on soustrayait la période pendant laquelle le salarié avait été en congé sans solde et pendant laquelle il n'accumulait pas de service, celui-ci avait atteint plus de six ans de service. Par conséquent, l'arbitre décida qu'il avait droit à quatre semaines de vacances. Cependant, il lui refusa le droit de prendre ses quatre semaines de vacances continues, alléguant qu'il n'avait pas les trois ans de service continu requis par la convention, mais uniquement quelques mois depuis son retour au travail. On voit donc que, selon cette interprétation, le service continu est le service, mais calculé depuis sa dernière interruption ou suspension.

Dans le cas des conventions collectives qui contiennent une disposition qui spécifie que lors d'absences autorisées le service n'est pas interrompu, on a donné une interprétation différente du service continu. L'exposé de cette interprétation, qui va suivre, est basé sur un *obiter* de l'arbitre Jean-M. Morency dans *Caisse populaire d'Alma*⁴². Aussi doit-il être considéré avec une certaine

40. On retrouve une clause de ce type dans *La Fraternité des policiers de Laval Inc. c. Ville de Laval*, [1976] S.A.G. 1050 (Jean-Guy Clément).

41. *L'alliance des infirmières de Montréal v. L'Hôtel-Dieu de Montréal*, [1974] S.A.G. 1895 (Michel Pelletier).

42. *Supra*, note 14. L'article 31 du *Règlement sur les normes de travail* s'appliquerait aujourd'hui à ce cas.

réserve, surtout qu'aucune autre sentence arbitrale de la période étudiée ne vient le confirmer et qu'il s'appuie sur un texte de convention très particulier.

Une salariée avait obtenu un congé de maternité, ce qui constituait un congé sans solde et une absence autorisée. Or, la convention précisait que le service continu s'accumulait pendant les absences autorisées et mentionnait aussi que lors d'une absence pour maternité, l'ancienneté s'accumulait comme si la salariée « était au travail ». Trait propre à cette convention collective, la définition de l'ancienneté y était le service continu.

Le problème qui se posait était le suivant. Dans cette convention, la durée des vacances annuelles était fonction de l'ancienneté et la paye reçue pour cette période était la même que si l'employé avait travaillé. Toutefois, une clause spécifiait que si l'employé avait travaillé moins de 10 mois dans l'année, il recevrait alors une quote-part de son salaire annuel. Le grief ne portait pas sur la durée des vacances, car la salariée, qu'elle ait été absente ou non, avait l'ancienneté suffisante pour obtenir quatre semaines de congé. Il concernait l'allocation de vacances, puisqu'en raison de son congé de maladie, l'employée avait effectué moins de dix mois de travail effectif dans l'année, ce qui avait fait dire à l'employeur qu'elle n'avait pas droit à sa paye complète et qu'elle ne devait recevoir qu'une quote-part de son salaire annuel.

L'arbitre décida que, puisque pendant le congé de maternité le service continu s'accumulait comme s'il s'agissait d'une absence autorisée et surtout puisque l'ancienneté (qui est le service continu selon sa définition) s'accumulait « durant cette période comme si l'employée *était demeurée au travail* », la salariée avait droit à sa paye totale, et non pas à une quote-part de son salaire annuel. Il justifia sa décision principalement sur les mots « comme si l'employée était demeurée au travail » puisque, selon lui, ils signifient que l'employée doit être considérée comme si elle avait travaillé pendant son absence et, par conséquent, ne doit pas être soumise à la disposition concernant les salariés ayant travaillé moins de 10 mois dans l'année.

Ce qui nous intéresse à propos du service continu, c'est la remarque que fait l'arbitre en rendant sa décision sur l'absence pour maternité :

Le salarié (sic) n'a certes pas droit pendant cette période à l'accumulation des jours de congés-maladie ni aux fêtes chômées puisqu'il est en congé sans rémunération mais à son retour il doit retrouver ses droits comme s'il ne s'était pas absenté.

En fait, à cause de la clause qui indique le maintien du lien de service continu pendant les absences autorisées et de celle qui prévoit la seule accumulation de l'ancienneté, donc du service continu, pendant le congé de maternité, l'arbitre se trouve à dissocier l'accumulation du service continu de

la présence des critères que nous avons décrits précédemment (soit le droit de l'employé absent à son poste, l'absence de clauses dans la convention collective lui retirant expressément le droit aux avantages de la convention, la connotation temporelle des termes des clauses pertinentes au problème et, dans certains cas, l'accumulation de l'ancienneté). Les avantages sociaux s'accumulent donc, selon lui, lors des absences autorisées, mais le salarié n'obtient le droit effectif à ces avantages que lors de son retour au travail, dans le cas d'un congé sans solde tel un congé de maternité.

Cette interprétation du service continu met en relief une notion qui est absolument identique à celle de service. Lorsque la convention collective contient une clause expresse sur l'accumulation de service pendant les absences autorisées⁴³, en effet, que l'on parle de service continu ou simplement de service, les conséquences seront les mêmes pour l'employé. Cela se comprend car l'exigence du service continu, qui peut être plus onéreuse que celle du service dans les conventions qui n'ont pas de clause spécifique sur l'accumulation du service pendant les absences autorisées, est ici presque anéantie par le fait que, pendant les absences autorisées, le service *continue* de s'accumuler.

L'étude générale du service à travers les décisions arbitrales québécoises amène quelques constatations. D'une part, il est remarquable de voir que très souvent les arbitres refusent tant les prétentions patronales que syndicales, pour adopter une troisième solution. D'autre part, à la fin de cette analyse, il est possible d'affirmer qu'on a créé une nouvelle notion de service qui ne correspond exactement à aucun des sens linguistiques classiques du terme. En effet, le service des relations de travail n'est pas « rendre service », mais ce n'est pas non plus « être au service de » au sens classique, sens qui implique l'existence d'une relation de maître à préposé. Le service, c'est l'expression du lien d'emploi, employeur employé, de la relation de travail dans son contexte moderne.

1.3. Le service et les différentes absences

Cette section a pour but d'exposer les différents cas, rencontrés dans la jurisprudence arbitrale québécoise, portant sur l'interprétation du service, selon l'absence. Dans le cadre de chaque absence, on trouvera en plus une courte description de la situation telle que décrite par la doctrine canadienne et parfois américaine.

Les auteurs ontariens Brown et Beatty se contentent, dans leur livre *Canadian Labour Arbitration*⁴⁴, d'un énoncé très général :

43. *Supra*, p. 24 et ss.

44. D.J.M. BROWN et D.M. BEATTY, *Canadian Labour Arbitration*, Agincourt, Canada Law Book Ltd, 1977, p. 453.

More specifically, and although the arbitral jurisprudence may have been otherwise at one time, it now is apparent that in the absence of some clear expression of intention to the contrary, most arbitrators would regard employees who have engaged in a lawful strike, were offwork because of illness, leave of absence, or because they had been laid off during the course of the year, to have remained «continuously employed» or «in service» throughout that year for the purpose of determining the length of service against which the amount of vacation pay or duration of vacation is to be computed.

Aussi, baserons-nous l'exposé de la doctrine canadienne sur l'analyse de M. Palmer⁴⁵ et les références à la situation aux États-Unis, sur l'ouvrage de M. Frank Elkouri et de Mme Edna Asper Elkouri⁴⁶.

1.3.1. L'employé qui quitte volontairement son travail

On ne retrouve pas cette situation dans la jurisprudence arbitrale québécoise et seul M. Palmer lui consacre quelques paragraphes. Il mentionne que l'employé qui quitte volontairement son travail et qui revient travailler chez le même employeur, commence à calculer son service à partir de la date de son retour⁴⁷.

1.3.2. Autre cas de départ

M. Palmer distingue la situation décrite ci-dessus de celle où le départ de l'employé a été causé par des raisons étrangères à sa volonté et à celle de l'employeur (par exemple : un feu qui détruirait les lieux du travail)⁴⁸.

1.3.3. Suspension

Est aussi à distinguer des cas qui précèdent, celui d'une suspension qu'on retrouve uniquement dans la jurisprudence du Québec, dans la décision *Association des physiothérapeutes*⁴⁹. Des employés qui avaient été suspendus le 28 janvier, tombèrent en grève le premier février. Par la suite, ils réclamèrent des congés de maladie et des vacances annuelles pour la période du 28 janvier au 15 mars, date de la fin de la grève. Or, le protocole de retour au travail prévoyait que «les bénéfices d'appoint et l'ancienneté de ces

45. *Supra*, note 9, p. 550 et ss.

46. F. ELKOURI et E.A. ELKOURI, *How Arbitration Works*, 3^e éd., Washington, Bureau of National Affairs Inc., 1973, p. 688 et ss.

47. M. Palmer mentionne deux décisions : *Re Westeel-Rosco*, (1968) 19 L.A.C. 378 (H.D. Brown); *Re Lanark Mfg.*, (1973) 3 L.A.C. (2d) 98 (Shime).

48. Il mentionne : *Re Beacon Realty*, (1969) 19 L.A.C. 227 (Acte).

49. *Association professionnelle des physiothérapeutes du Québec et Hôpital Saint-Luc*, [1973] S.A.G. 67 (Marc Brière).

salariés ne sont pas modifiés dû à l'interruption des services ». L'arbitre décida que la suspension était inopérante à partir de la date de la grève et précisa que l'article du protocole ne couvrait que la période de la grève, à l'exclusion des quelques jours de suspension qui précédaient le début de celle-ci. On constate donc, et c'est ce qui nous intéresse, que l'arbitre n'accorda pas aux réclamants le droit à des bénéfices pour les journées de suspension. Sachant par le biais d'un autre grief⁵⁰, qu'à l'Hôpital Saint-Luc les vacances et les congés de maladie sont attribués selon le service, il est possible de conclure de la décision commentée que, pendant une suspension, il n'y a pas de service.

M. Palmer et les auteurs américains sont silencieux sur ce point.

1.3.4. Absence pour maladie

Au Québec, on a dit qu'il y avait service pendant la période d'absence pour maladie, dans *Hôpital Notre-Dame de l'Espérance*⁵¹ et dans *Service social du Saguenay*⁵², décisions dans lesquelles les conventions collectives ne comprenaient pas une mention expresse de l'accumulation du service pendant les absences autorisées. Le raisonnement suivi dans *Hôpital Notre-Dame* fut le suivant : il n'y a pas rupture du lien d'emploi pendant l'absence pour maladie puisque, pendant cette période, l'employé conserve le droit à son poste, si l'absence ne se prolonge pas au-delà de deux ans, qu'aucune clause ne lui retire expressément le droit aux avantages de la convention dans un tel cas et que le salarié absent pour maladie accumule son ancienneté pendant les douze premiers mois de son absence et la conserve jusqu'au vingt-quatrième mois d'absence. Cependant l'arbitre Marc Brière n'accepta l'accumulation du service que jusqu'au douzième mois d'absence puisqu'à cette date l'ancienneté cesse de s'accumuler (*Contra, Hôpital Saint-Luc, supra*, note 7).

La sentence arbitrale *Service social du Saguenay*⁵³, malgré la dissidence de l'arbitre patronal, associe aussi le service au maintien du lien d'emploi, tout en étant moins explicite. En vertu de cette sentence, l'employé qui est absent en congé de maladie accumule donc du service. Un aspect de la décision est cependant à noter. En effet, après que l'employée pour laquelle le syndicat réclamait des vacances annuelles d'une certaine durée eut épuisé ses congés de maladie, elle eut un congé de maladie sans solde. Or l'arbitre semble considérer qu'elle a aussi accumulé du service pendant ce dernier laps

50. *Supra*, note 8.

51. *Supra*, note 11.

52. *Supra*, note 26.

53. *Supra*, note 26.

de temps. Il faut en conclure qu'il donne au mot «solde» le sens de «salaire», puisque, au sens large du terme, même l'octroi de vacances fait partie du solde.

Une dernière décision québécoise mettait en jeu une absence pour cause de maladie. Il s'agit de *Cégep de Ste-Foy*⁵⁴ dans laquelle la convention étudiée établissait, pour les professeurs à temps partiel, un régime de vacances fondé sur leur disponibilité de principe. Par conséquent, l'absence lors de laquelle le professeur, ayant épuisé sa banque de congés-maladie, recevait de l'assurance salaire, n'affectait pas le nombre de jours de vacances auxquels il avait droit.

En bref, mettant de côté la décision marginale sur la disponibilité, on peut dire qu'au Québec, il y a service pendant une absence pour maladie puisqu'il n'y a pas rupture du lien d'emploi.

On remarque, dit pour sa part M. Palmer, un empressement de certains arbitres à dire que les termes de la convention excluent l'absence pour maladie du service, aux fins de calculer la durée des vacances annuelles⁵⁵. Il cite cependant une décision contraire⁵⁶. En fait, il ne distingue pas de consensus.

Aux États-Unis, la tendance est de dire que, lors d'une absence pour maladie, il n'y a pas de service qui permette d'augmenter le *quantum* des congés annuels. On semble, en effet, associer service et travail effectif⁵⁷. Le raisonnement est que ce n'est pas parce qu'un employé reçoit des prestations de son employeur pendant son absence, qu'on doit conclure à l'accumulation de jours de vacances pendant celle-ci, car toutes les prestations ne sont pas faites dans le but de permettre l'accumulation des vacances⁵⁸.

1.3.5. Accident du travail

Les trois décisions québécoises rencontrées portant sur le service pendant l'absence pour accident du travail sont *C.E.C.M., Ville de Laval et Cité de Saint-Jérôme*⁵⁹. Dans ces trois cas, la convention comportait une

54. *Supra*, note 37.

55. Il cite: *Re No-Co-Rode*, (1959) 9 L.A.C. 2327 (Curtis). *Re DeHavilland Aircraft*, (1964) 14 L.A.C. 366 (Cross). *Re Inland Cement Industries*, (1973) 3 L.A.C. (2d) 83 (Pugh, Alta).

56. *Re Alger Press*, (1973) 2 L.A.C. (2d) 162 (Weatherill).

57. *Evening News Assn.*, (1969) 53 L.A. 170 (Casselman).

58. *San Francisco Newspaper Publishers Assn.*, (1965) 46 L.A. 260 (Burns).

59. *C.E.C.M. c. Le syndicat national des employés de la C.E.C.M.*, [1974] S.A.G. 1841 (Laurent Cossette); *La fraternité des policiers de Laval Inc. c. Ville de Laval*, [1976] S.A.G. 1050 (Jean-Guy Clément); *La fraternité des policiers de la cité de St-Jérôme c. La cité de St-Jérôme*, [1978] S.A.G. 729 (André Sylvestre).

clause qui stipulait que les absences autorisées n'interrompaient pas le service. Comme un accident du travail est une absence autorisée, les trois arbitres ont décidé qu'il n'y avait pas eu suspension du service.

1.3.6. Mise à pied

Au Québec, les deux cas rencontrés, *C.T.C.U.M.* et *Cie Gaspésia*⁶⁰, étaient assez particuliers puisqu'une clause de la convention collective mentionnait, chaque fois, qu'en cas de mise à pied, l'accumulation des vacances se ferait en fonction du service continu depuis la dernière date d'engagement. Dans *C.T.C.U.M.*, M. Claude Lauzon a donc calculé le service, pour l'accumulation des vacances, à partir du dernier retour au travail puisqu'il s'agissait d'employés réengagés. Dans *Cie Gaspésia*, l'arbitre a d'abord fait siens les principes exposés dans *Canadian Westinghouse*⁶¹ (décision citée par M. Palmer), en les appliquant aux employés réguliers occupant une fonction permanente :

A dismissal, properly made, terminates all the rights of the employee as against the employer, while a lay-off obviously does not do so.

Et :

I must find in favour of the grievor and conclude that a temporary lay-off, such as occurred in this case, is not an interruption of « continuous service » as used in the Agreement between the company and the union.

Cependant, le cas qui se posait à lui était celui d'employés temporaires auxquels la compagnie avait retiré le droit à la continuité de service, eu égard aux vacances, lorsqu'ils se retrouvèrent mis à pied. Notons que la convention stipulait qu'il n'y avait terminaison d'emploi « qu'après plus de douze mois de mise à pied » sans réengagement. D'autre part, le *quantum* des vacances était calculé selon le service continu depuis la dernière date d'engagement. Après avoir exposé ces faits et fait quelques autres considérations, l'arbitre décida :

Pour toutes ces raisons, nous sommes d'opinion que les mots « service continu depuis la dernière date d'engagement » s'interprètent strictement dans cette convention collective, et relie le salarié dans cette computation de la paie de vacances, à l'époque où il a commencé d'occuper un emploi permanent comme salarié régulier.

60. *C.T.C.U.M.* et *Le syndicat des employés du transport de Montréal*, [1973] S.A.G. 1053 (Claude Lauzon); *Fraternité internationale des travailleurs de l'industrie des pâtes et papiers* et *La Cie Gaspésia Ltée*, [1973] S.A.G. 1397 (Paul-Arthur Gendreau).

61. *Re Canadian Westinghouse*, (1953) 4 L.A.C. 1447 (Cochrane); *Re Canada Cement*, (1959) 9 L.A.C. 288 (Anderson); *Re DeHavilland Aircraft* (1966) 16 L.A.C. 124 (Laskin); *Re Sola Basic*, (1976) 11 L.A.C. (2d) 328 (Beek).

C'était donc dire que, pour les employés temporaires, qui ont été engagés à ce titre, il n'y a pas service lors d'une mise à pied, malgré le fait que celle-ci ne constitue pas une terminaison d'emploi avant douze mois. L'arbitre distingue ici entre continuité d'emploi et continuité de service.

De son côté, M. Palmer affirme que, même si la jurisprudence a été autre à un moment donné, on distingue un consensus à l'effet qu'il y a service pendant cette période, aux fins de la détermination de la durée des vacances ⁶².

1.3.7. La grève légale

La décision *Chaîne coopérative du Saguenay* ⁶³ est la seule que nous ayons rencontrée au Québec, depuis 1973, sur le sujet du service pendant une grève légale. C'est un cas où le mot service était défini dans la convention collective. La situation était, d'ailleurs, très particulière: la convention faisait état d'une liste d'absences pendant lesquelles le service s'accumulait et précisait, d'autre part, que le service s'accumulait aussi pendant les absences autorisées. Or, les absences qu'on a coutume d'appeler «absences autorisées» par la convention ou par l'employeur, étaient déjà couvertes par la liste de façon exhaustive. L'arbitre en a conclu que les «absences autorisées» dont parlait la clause devaient donc être autres que celles de la liste. Comme la grève légale était une absence autorisée par la loi (*Code du travail*), il décida qu'il y avait eu accumulation de service pendant cette période.

On peut toutefois penser, la grève n'étant ni une absence autorisée par les conventions ou par l'employeur, ni une période pendant laquelle les salariés ont droit aux avantages de leur convention, que les arbitres québécois considéreraient qu'il n'y a pas de service pendant une telle absence, si la convention ne contenait pas une clause comme celle que nous venons de décrire. Cependant, très souvent, les protocoles de retour au travail prévoient qu'il n'y a pas perte des bénéfices d'appoint et de l'ancienneté à cause de la grève, tel celui que l'on trouve dans *Association des physiothérapeutes du Québec* ⁶⁴.

Il se dégage de l'ensemble des décisions, bien que certains prétendent le contraire, que la majorité des arbitres considèrent qu'il y a service pendant

62. *Ibid.*

63. *La Chaîne coopérative du Saguenay et Syndicat national des employés de la chaîne coopérative du Saguenay*, [1974] S.A.G. 339 (Jean Simard).

64. *Supra*, note 49.

une grève légale, aux fins de l'accumulation des vacances annuelles, affirme pour sa part M. Palmer⁶⁵.

Aux États-Unis aucun consensus ne se dégage sur l'effet d'une grève sur les vacances annuelles. Les auteurs Elkouri et Elkouri écrivent, à propos des expressions « years of service », « continuous service », etc., sur le sens desquelles est basée l'accumulation des jours de vacances :

These phrases have been interpreted as requiring the actual rendition of services for vacation eligibility, and as excluding time spent on strike.

1.3.8. Congés sans solde

Au Québec, on retrouve deux décisions⁶⁶ dans lesquelles les arbitres ont considéré que le congé sans solde suspendait le service, parce que ce congé était sans solde précisément. En effet, la mention « sans solde » exclut expressément le droit aux avantages de la convention collective. Il ne peut donc y avoir service puisque l'un des critères n'est pas rencontré, même si le salarié est toujours à l'emploi de son employeur.

Dans *Caisse populaire d'Alma*⁶⁷, une décision différente, qui a été analysée dans la section sur le service continu, a été rendue.

*Service social de St-Jérôme*⁶⁸ constitue une décision intéressante et similaire à la précédente, sauf quant à la conclusion finale. Comme la convention collective spécifiait qu'il y avait accumulation de service pendant les absences autorisées et qu'un congé de maternité sans solde est une absence autorisée, l'arbitre décida qu'il y avait service pendant cette période. Cependant, il affirma que, comme ce congé était sans solde, le salarié n'avait pas droit aux prestations qui constituaient ce solde. Il conclut finalement en disant que les vacances ne sont pas de la nature d'un solde et que la salariée avait donc accumulé des vacances pendant son absence.

Dans toutes les décisions que nous venons de mentionner, les arbitres ont donné au mot « solde » un sens large, soit « toute prestation de l'employeur à l'employé », définition qui fait de l'octroi de vacances annuelles à un salarié, un solde. Une décision⁶⁹ a toutefois été rencontrée où

65. *Re Falconbridge Nickel Mines*, (1971) 22 L.A.C. 243 (Weiber); *Re Borough of Scarborough*, (1972) 24 L.A.C. 149 (Weiber); *Re Rayonier* (1972) 24 L.A.C. 225 (Cumming, B.C.).

66. *L'alliance des infirmières de Montréal c. L'Hôtel-Dieu de Montréal*, [1974] S.A.G. 1895 (Michel Pelletier); *Hôpital N.-D. de l'Espérance c. L'alliance des infirmières de Montréal*, [1977] S.A.G. 1197 (Roland Tremblay).

67. *Supra*, note 14.

68. *Ginette Dufour et Syndicat du Service social du diocèse de St-Jérôme c. La corporation du service social du diocèse de St-Jérôme*, [1974] S.A.G. 1767 (Jean-Guy Clément).

69. À l'exclusion de *C.S.S. Outaouais*, *supra*, note 7, qui ne porte pas sur le *quantum* des vacances annuelles.

l'arbitre a donné à ce mot son sens strict : le salaire. Il s'agit de *Service social du Saguenay*⁷⁰, sentence arbitrale rendue par M. André P. Casgrain, qui a été commentée dans la section sur les absences pour maladie.

Quant à M. Palmer et aux auteurs américains, ils n'étudient pas les congés sans solde en regard du *quantum* des vacances annuelles.

1.4. Durée et allocation des vacances : implications des interprétations du service

1.4.1. La période de référence du service

Avant d'indiquer les implications qu'ont les interprétations du service et du service continu sur les vacances du salarié, nous voulons sommairement mentionner l'existence de la période de référence. Celle-ci peut s'exprimer ainsi :

Le salarié ayant au moins deux ans de service *au 30 avril*, a droit à trois semaines de vacances et à 6 1/4 de ses gains annuels. (L'italique est de nous).

Qu'est-ce que cela signifie ? Voyons ce qu'en dit l'honorable Elphège Marier dans *Hôpital Royal Victoria*, 3 juillet 1967, décision citée, dans *Service social du Saguenay*, par M. André P. Casgrain⁷¹ :

La « période » de service donnant droit au congé annuel payé s'établit au premier mai d'une année au trente avril de l'année subséquente. Il est évident à la lecture de cet article qu'une personne employée par l'Hôp.tal du 1^{er} mai d'une année au 30 avril de l'année subséquente a accompli une période de service d'un an même si pendant cette période, elle a été absente des jours et des semaines, pourvu que ce soit avec la permission de l'employeur, et conformément aux dispositions de la convention collective.

À propos de l'article établissant une période de référence, l'arbitre Casgrain affirme :

Il ne sert qu'à déterminer le début et la fin d'une année de service.

Ainsi, l'employé embauché le premier juin 1978 n'est considéré comme n'ayant qu'un an de service au 30 avril 80, afin de déterminer la durée et la paye de ses vacances. Même s'il a réellement accumulé onze mois de plus de service, ceux-ci lui sont, à toute fin pratique, inutiles pour augmenter la durée de ses vacances annuelles. Il se retrouve exactement dans la même situation, en ce qui concerne ses vacances, que celui qui aurait été engagé le 31 mars 1978 et, comme celui-ci, se retrouve en 1980 soumis à la disposition

70. *Supra*, note 26.

71. *Supra*, note 26.

sur les vacances concernant ceux qui ont « au moins un an de service... » On peut penser que ce facteur date n'est pas ignoré des employeurs lors de l'embauche⁷².

1.4.2. Implications des interprétations du service

Un exemple permettra de saisir certaines des implications d'une absence qui interrompt le service, sur l'accumulation des vacances et sur leur rémunération. Considérant qu'un congé sans solde suspend le service, imaginons le cas d'un salarié, embauché en avril 1969, qui aurait obtenu un congé sans solde de septembre 1972 à octobre 1973. Ce salarié a, en avril 1974 par exemple, été embauché depuis cinq ans. Il a accumulé trois ans et onze mois de service, mais il n'a que six mois de service continu si la convention qui le régit ne prévoit pas que les absences autorisées n'interrompent pas le service, auquel cas il aura cinq ans de service continu.

Si la convention comporte une clause ainsi rédigée :

Le salarié ayant au moins deux ans de service au 30 avril, a droit à trois semaines de vacances et à 6% de ses gains annuels,

comme il a accumulé près de quatre ans de service, il aura droit à ses trois semaines de vacances. Si la même clause est rédigée en fonction du service continu au lieu du service, il n'aura pas droit à ses trois semaines de vacances puisqu'il n'a que six mois de service continu depuis son retour. Si la convention prévoit que les absences autorisées n'interrompent pas le service ou le service continu, comme nous sommes dans le cas d'un congé sans solde, qui est une absence autorisée, il aura cinq ans de service ou service continu, mais ne pourra exiger le bénéfice des avantages de la convention accumulés pendant son absence qu'à son retour de congé sans solde. On constate que la clause la plus onéreuse pour le salarié serait celle qui est fonction du service continu, lorsque la convention ne prévoit pas que les absences autorisées n'interrompent pas le service. Cette situation n'a pas été rencontrée à propos de l'accumulation des vacances, mais uniquement au sujet de la faculté de prendre des vacances continues⁷³.

1.5. Durée et allocation des vacances : autres aspects

1.5.1. Les dispositions législatives

Jusqu'à tout récemment, il existait au Québec une seule disposition qui réglementait la durée et l'allocation *minima* des vacances annuelles. Il

72. Parfois, au lieu de fixer une période de référence le service est calculé simplement à partir de l'anniversaire de la date d'embauche : C.T.C.U.M., *supra*, note 59.

73. *Hôtel-Dieu de Montréal*, [1974] S.A.G. 1895.

s'agissait de l'ordonnance numéro trois de la *Loi du salaire minimum* de 1972. Celle-ci prévoyait des vacances d'au moins deux semaines, avec 4% du salaire gagné pendant la période donnant droit aux vacances, pour le salarié ayant au moins un an de services continus. S'il avait moins d'un an de services continus, le *quantum* de ses vacances était calculé à raison d'un jour par mois de travail, sans excéder deux semaines. Il avait aussi droit à 4% de son salaire gagné, sauf s'il était engagé et payé à la semaine, ou pour une plus longue période, et que son salaire n'était pas affecté par le nombre d'heures travaillées, auquel cas il était payé comme s'il avait travaillé durant ses vacances annuelles.

Cependant, de nouvelles dispositions maintenant en vigueur sont prévues dans la *Loi sur les normes de travail*⁷⁴. Ce sont les articles 66 à 77 de cette loi qui concernent les congés annuels payés. Une personne qui justifie de moins d'un an de service continu a droit à un congé continu, déterminé à raison d'un jour ouvrable pour chaque mois de service continu, sans que la durée totale de ce congé n'excède deux semaines. Pour un an ou moins de service continu, le salarié bénéficie de quinze jours de vacances au minimum et, pour dix ans de service continu, de trois semaines de vacances au minimum, dont deux continues. Quant à l'allocation de ces congés, elle est de 4% du salaire brut du salarié durant l'année de référence, pour un salarié ayant jusqu'à au moins un an de service continu inclus, et 6% pour celui en ayant dix, si ce salarié est payé à l'heure ou au rendement. S'il est payé autrement, elle est égale au salaire qu'il aurait reçu s'il avait travaillé durant son congé, pour la personne qui peut justifier d'un an ou plus de service continu. Pour le salarié qui a moins d'un an de service continu, la rémunération est égale au salaire correspondant à une journée de travail par mois de service continu, jusqu'à concurrence de deux semaines.

1.5.2. La durée des vacances, quelques statistiques

Alors que la *Loi sur les normes* prévoit, somme toute, 2 ou 3 semaines pour la majorité des salariés qui ne sont pas régis par une convention collective, qu'en est-il de ceux qui bénéficient du régime d'une convention collective?

Une étude réalisée par le Centre de recherche et de statistiques sur le marché du travail et basée sur 1409 conventions collectives québécoises en vigueur en 1979, révèle qu'un nombre important de conventions collectives (plus de 75%) prévoient des dispositions qui accordent aux salariés davantage de vacances que le minimum prévu par la loi. L'obtention de ces semaines supplémentaires de vacances est soumise à l'accumulation d'un

74. L.Q. 1979, c. 45, mod. par L.Q. 1980, c. 5.

certain nombre d'années de service. Il convient de noter ici le nombre considérable d'années de services requises, dans la majorité des cas, pour que le salarié puisse parvenir à quatre, cinq, six semaines ou plus de vacances, exigence qui diminue de beaucoup la portée réelle de ces clauses des conventions collectives. Pour plus de détails, nous référons le lecteur à *Conditions de travail contenues dans les conventions collectives au Québec 1979*⁷⁵.

1.5.3. L'allocation de congé, modalités de calcul

Dans cette section, nous allons décrire quelques exemples de modalités selon lesquelles est calculée l'allocation de congé. Cette liste ne se veut nullement exhaustive et ne doit pas faire oublier les articles 74 à 76 de la *Loi sur les normes*⁷⁶.

Un premier type de clause est celui qui attribue l'allocation selon un pourcentage du salaire annuel, pourcentage qui est fonction de la durée des vacances, elle-même déterminée par rapport à un certain nombre d'années de service, de service continu ou d'ancienneté⁷⁷.

On attribue aussi parfois un pourcentage du salaire qui est déterminé selon les années de service, de service continu⁷⁸ ou d'ancienneté.

Il en est de même pour un pourcentage des gains annuels ou des revenus bruts. Ces deux expressions ont fait l'objet de contestations et les arbitres en sont venus à se demander ce qu'il fallait entendre par « gains annuels » et par « revenus annuels ». Dans *les Industries Baribeau*⁷⁹, l'arbitre Léonce E. Roy décida que le mot « gain » comprend non seulement le salaire de la période de référence, mais les sommes payées pour les jours chômés et les jours de congés spéciaux. Il affirme en effet :

Strictement parlé, la rémunération des jours de fêtes chômées et payées et celles des congés spéciaux ne constituent pas du salaire. Il s'agit d'un avantage ou d'un bénéfice marginal qui s'analyse en un gain. Ce gain fait partie de l'ensemble des revenus retirés de l'entreprise et est assujéti à l'impôt fédéral et provincial. Pourquoi l'employeur a-t-il fait la distinction entre « gain »

75. *Conditions de travail contenues dans les conventions collectives au Québec 1979*, Centre de recherche et de statistiques sur le marché du travail, Québec, Ministère du Travail et de la Main-d'œuvre, Gouvernement du Québec, 1980.

76. *Supra*, note 74.

77. Voir la clause dans *Union typographique Jacques-Cartier et Imprimerie Montreal-Granby Press Limitée*, [1973] S.A.G. 1623. Voir *Caisse populaire d'Alma*, *supra*, note 14.

78. *Syndicat catholique national des travailleurs du meuble de Daveluyville et Daveluyville Furniture Ltd.*, [1973] S.A.G. 89; *Ville de Laval*, *supra*, note 58.

79. *Les industries Baribeau Inc. c. Le syndicat des employés de Baribeau*, [1977] S.A.G. 58 (Léonce E. Roy).

découlant de la rémunération des heures de travail en temps régulier et en temps supplémentaire et « gain » découlant de l'indemnité de vacances ? Il s'agit pourtant de deux gains découlant de la relation de travail entre l'employeur et l'employé...⁸⁰

Une définition du même ordre a été donnée de « gross earnings » dans une décision ontarienne, *Re Phoenix Paper Products*⁸¹.

Enfin, une autre modalité est celle qui consiste à payer le plein salaire pour les jours de vacances annuelles, ce qui ne pose pas de problème particulier à propos de l'allocation⁸².

En ce qui concerne les employés « engagés et payés à la semaine ou pour une plus longue période et dont le salaire n'est pas affecté par le nombre d'heures travaillées », des dispositions spéciales sont parfois prévues⁸³.

1.5.4. Les griefs portant sur la durée et l'allocation des vacances

Hormis les décisions dans lesquelles les arbitres avaient à déterminer le sens à donner au mot « service », ce qui avait une incidence sur la durée et l'allocation des vacances des salariés concernés, décisions que nous avons exposées précédemment, nous avons relevé quelques autres griefs se rapportant à ces thèmes et méritant mention.

1.5.4.1. D'une convention collective à l'autre

Dans quatre cas il s'agissait de vacances supplémentaires⁸⁴ ou d'un supplément de paye⁸⁵ à être accordés par l'employeur sur la base des dispositions d'une nouvelle convention collective. Dans tous les cas, la nouvelle convention prévoyait, pour certaines durées de service continu, un

80. Dans *Syndicat national des employés de l'Hôpital Charles Lemoyne et Hôpital Charles Lemoyne*, [1974] S.A.G. 418, M. Marc Brière a considéré, à un autre propos, que l'expression « pleine compensation de salaire » comportait le droit à une période de vacances payées.

81. *Re Phoenix Paper Products*, (1977) 14 L.A.C. (2d) 200 (O'Shea).

82. Voir les clauses dans : *La ville de Montréal c. L'association des pompiers de Montréal*, [1975] S.A.G. 989; *Hôpital N.-D. de l'Espérance c. L'alliance des infirmières de Montréal*, *supra*, note 64.

83. Voir, par exemple : *Transport d'écoliers Chicoutimi c. Syndicat national des employés de transport d'écoliers de Chicoutimi*, [1975] S.A.G. 1075.

84. *Consumers Glass Company Ltd. et Ouvriers unis du verre et de la céramique de l'Amérique du Nord*, [1973] S.A.G. 16 (Camille Beaulieu); *Union typographique Jacques-Cartier et Imprimerie Montreal-Granby Press Limitée*, [1973] S.A.G. 1623 (Perry Meyer); *Syndicat des employés de magasin de Chicoutimi c. Gagnon Frères nouveautés Chicoutimi*, [1975] S.A.G. 139 (J.-Jacques Turcotte).

85. *Daveluyville Furnitures*, *supra*, note 76.

nombre de jours de vacances ou une allocation plus élevée que dans la précédente. De plus, la période de référence de calcul du service s'établissait du premier mai au trente avril.

Là s'arrêtent les ressemblances entre les causes. La nouvelle convention dans *Consumers Glass* comportait une clause de rétroactivité au 16 octobre 1970, alors qu'elle avait été signée le 31 mai 1971. Le syndicat chercha à faire valoir que les employés ayant atteint le nombre d'années de services requises entre le 16 octobre 1970 et le premier mai 1971, devaient avoir droit aux vacances supplémentaires accordées par la nouvelle convention pour l'année de travail 1970-71. L'employeur, de son côté, prétendait que les salariés ne pouvaient bénéficier de ces vacances supplémentaires pour les vacances de l'année de travail 70-71, mais uniquement pour celles de 71-72. L'arbitre décida que :

... même si dans cette convention on a établi une rétroactivité... au 16 octobre 1970, cette rétroactivité ne peut, en aucune façon affecter la règle précise qui existait le premier mai 1970, selon les termes de la convention en vigueur à ce moment-là, c'est-à-dire celle de 1968-70.

En fait, l'arbitre donne toute sa portée à la clause prévoyant la période de référence et réduit l'effet de la clause de rétroactivité comme si celle-ci n'était qu'au 1^{er} mai 1971. Entre deux clauses inconciliables, M. Camille Beaulieu a décidé de privilégier le respect d'une technicalité au détriment de la rétroactivité effective au 16 octobre d'une nouvelle condition de travail, les vacances prévues par la nouvelle convention, ce qui est tout à fait discutable.

Dans *Daveluyville Furnitures*, la sentence qui portait sur l'allocation de congé fut rendue par Me Jacques Dupont. La nouvelle convention avait été signée en juillet 1972 et était rétroactive au premier mai. Comme, entre autres, la convention comprenait le principe que « les travailleurs assujettis à la présente convention collective *ont droit, au premier mai de chaque année, à des vacances payées...* » l'arbitre décida que le droit aux vacances payées s'établissait le premier mai de chaque année et qu'en conséquence, la nouvelle convention étant rétroactive au premier mai, on devait appliquer celle-ci à la paye des vacances de l'été 1972.

Dans *Gagnon Frères* aucune clause de rétroactivité n'avait été stipulée. Aussi le grief du syndicat était-il basé sur une prétendue intention des parties lors de la signature de la convention le 16 juin à l'effet que les nouvelles clauses sur les congés annuels seraient appliquées rétroactivement. L'arbitre décida que jusqu'à la signature de la nouvelle convention l'article 47 du Code du Travail (aujourd'hui article 59) s'appliquait en l'absence d'un texte clair prévoyant la rétroactivité. Dans *Union typographique* les faits et la solution apportés par l'arbitre étaient similaires, sans référence toutefois à l'article 59

du Code du Travail, mais refusant de faire jouer un effet rétroactif non explicitement prévu par la convention.

1.5.4.2. Le sens du mot « gain »

Un grief portait sur la définition à donner au mot « gain », *Les Industries Baribeau*⁸⁶. Celui-ci a été exposé dans la section sur les modalités de calcul de l'allocation de vacances.

2. La date des vacances annuelles

2.1. La procédure d'octroi de la date des vacances

Une fois qu'il a été possible de déterminer la durée des vacances annuelles d'un employé et sa rémunération pendant cette période, il reste à savoir quand il prendra ses vacances. Nous allons maintenant décrire la procédure d'octroi de la date des vacances, qui se dégage généralement de la lecture des griefs. Il ne s'agit pas d'un modèle absolu, le schéma que nous proposons étant toujours susceptible de modifications, selon ce que conviennent les parties.

Notons d'abord que plusieurs conventions collectives prévoient une période de l'année pendant laquelle les salariés doivent prendre leurs vacances. Mais, même en l'absence d'une telle disposition, M. Palmer⁸⁷ affirme que le droit de gérance (sur lequel nous allons revenir ultérieurement) permet aussi à l'employeur de fermer son établissement à un moment donné et de contraindre ses employés à prendre leurs vacances à ce moment-là.

2.1.1. Les éléments pertinents des clauses des conventions

La lecture de quelques clauses de conventions collectives portant sur la date des vacances annuelles va nous permettre de dégager les éléments qui servent à l'employeur pour fixer cette date.

Compte tenu des exigences des opérations et de la durée des services d'un employé la compagnie doit, en autant que possible, se rendre aux désirs des employés en déterminant les cédules de vacances⁸⁸.

L'employeur détermine la date des congés annuels en tenant compte de la préférence exprimée par les infirmières et de leur ancienneté mais appliquée par service⁸⁹.

86. *Supra*, note 77.

87. *Supra*, note 45.

88. *Canadian Copper Refiners Ltd et Les métallurgistes unis d'Amérique*, [1973] S.A.G. 446 (Claude Lauzon).

89. *Alliance des infirmières de Montréal c. Hôpital Notre-Dame-de-Lourdes*, [1973] S.A.G. 1029 (Marc Brière).

Compte tenu des exigences des opérations et de la durée des services de l'employé dans le département, la compagnie doit en autant que possible se rendre aux désirs des employés en déterminant les cédules de vacances ⁹⁰.

Le directeur détermine les périodes de vacances en tenant compte du choix de chaque employé exprimé par ordre d'ancienneté ⁹¹.

L'employeur détermine la date des congés annuels en tenant compte de la préférence exprimée par les salariés et de leur ancienneté, mais appliquée par classification et par département ⁹².

(...) l'employeur détermine la date des congés annuels en tenant compte de la préférence exprimée par les salariés et de leur ancienneté dans l'établissement, mais appliquée entre les salariés travaillant dans un même service ⁹³.

L'employeur détermine la date des congés annuels en tenant compte de la préférence exprimée par les infirmières et de leur ancienneté mais appliquée par service ⁹⁴.

Le choix des dates de vacances se fait par ordre d'ancienneté sur entente entre les salariés et leur directeur de service ou son remplaçant et en tenant compte des exigences du travail et des suggestions du salarié... ⁹⁵.

On s'aperçoit que l'employeur en déterminant la date des vacances annuelles de ses employés devra tenir compte de 4 éléments fondamentaux. Il considérera d'abord le choix, la préférence de l'employé, que celui-ci aura été amené à exprimer selon des modalités chaque fois un peu différentes. Cette préférence devra être compatible avec le second et le troisième élément : l'ancienneté et la classification de l'employé. C'est-à-dire qu'aucun employé plus ancien, généralement du même département, ne devra avoir fait le même choix de dates qu'un autre salarié sous peine de quoi, celui ayant accumulé moins d'ancienneté risque de se voir refuser les dates qu'il avait choisies, si l'employeur ne peut octroyer la même période de vacances à tous les deux. Parfois, l'employeur devra aussi tenir compte de la classification des employés, le jeu de la classification s'exerçant alors au sein des personnes ayant une même ancienneté.

Ces trois éléments, choix, ancienneté et classification du salarié, devront eux-mêmes être compatibles avec l'exercice du droit de gérance de l'employeur.

Lorsque l'employeur aura, selon les éléments que nous venons de décrire, déterminé l'ordre dans lequel ses salariés prendront leurs vacances et

90. *les métallurgistes unis d'Amérique et Noranda metal industries Ltd.*, [1973] S.A.G. 2201 (Louis-B. Courtemanche).

91. *La cité de Roberval et Le Syndicat des policiers et pompiers de Roberval*, [1974] S.A.G. (Pierre-André Lachapelle).

92. *Le Syndicat des salariés du C.H.U. c. Le centre hospitalier universitaire de Sherbrooke*, [1975] S.A.G. 70 (Jacques J. Ancil).

93. *C.H.U.L. c. Syndicat professionnel des infirmiers et infirmières de Québec* [1976] S.A.G. 1014 (Pierre Dionne).

94. *Hôpital St-Joseph de Lachine c. Alliance des infirmiers*, [1977] S.A.G. 934 (Guy Dulude).

95. *Les prévoyants du Canada c. Le syndicat des employés de bureau*, [1979] S.A.G. 321 (Réginald Savoie).

le *quantum* de vacances auquel ils ont droit, les listes qu'il a établies seront affichées afin qu'elles soient portées à la connaissance de tous dans l'entreprise.

On voit, à la lecture de ces quelques clauses, que le premier élément, l'élément choix ou préférence de l'employé, est toujours expressément prévu par les conventions collectives. Quant à l'élément d'ancienneté, il est prévu six fois spécifiquement. Des clauses emploient les termes « durée des services d'un employé » et « durée des services de l'employé dans le département ». L'arbitre Claude Lauzon, qui a eu à interpréter la première de ces expressions, considère ces termes comme équivalents à une exigence d'ancienneté : « En effet, la compagnie devra "se rendre aux désirs" des employés les plus anciens sous réserve des exigences des opérations... » Par analogie, on peut donner la même interprétation à la seconde. L'élément classification n'est, pour sa part, prévu que quelques fois.

En ce qui concerne le droit que possède l'employeur de déterminer la date des vacances de ses employés, les clauses sont moins explicites. On distingue deux façons principales de procéder. Certaines clauses disent : « compte tenu de... *la compagnie doit*, en autant que possible, se rendre aux désirs des employés... » ; d'autres utilisent la tournure : « *L'employeur détermine* la date des congés annuels en tenant compte de... ». Mais, en fait, ce n'est pas tellement en vertu de la formulation de ces clauses que l'employeur détient le droit de déterminer la date des vacances annuelles, qu'en raison des clauses de direction généralement contenues dans les conventions collectives ou, en l'absence de telles clauses, en raison du droit de direction attaché à sa qualité d'employeur. Cependant, notons que la première formulation mentionnée dans ces clauses, semble à première vue limiter de façon plus sérieuse le droit de gérance en la matière puisqu'elle est exprimée de manière impérative : « ... la compagnie *doit*... ».

2.1.2. Le droit de gérance de l'employeur

En quels termes les arbitres québécois affirment-ils ce droit ? Il faut distinguer les décisions où la convention collective comportait une clause générale de direction reconnue par le syndicat à l'employeur et celles où il n'y en avait pas. Dans le cas d'un grief où la convention à interpréter contenait une telle clause, voici ce qu'a dit l'arbitre Pierre Verge⁹⁶ :

De toute façon, la convention de façon générale, comporte à l'article 7.01, que « le syndicat reconnaît à l'employeur le droit d'administrer et de diriger ses affaires conformément à ses obligations et de façon compatible avec les dispositions de la convention ». La détermination de certaines périodes, limitées dans le temps, pendant lesquelles les salariés ne peuvent prendre leurs

96. *Laiterie City*, [1970] S.A.G. 106.

vacances, ce pour des raisons reliées au fonctionnement même de l'entreprise, peut être considérée comme une simple manifestation de ces prérogatives de la direction...

Roland Tremblay, dans *Ville de Montréal*⁹⁷, écrit de son côté :

Si une clause de direction n'est pas contenue dans une convention, les droits résiduels appartiennent toujours à la direction...

Ainsi, si la convention collective ne limite pas le droit de l'employeur de déterminer la date des vacances, ce droit demeure entier en soi. Notons que cette conception est radicalement différente de celle qui prévaut aux États-Unis où, au contraire, la détermination de la date de ses vacances annuelles appartient pleinement au salarié, en l'absence de restrictions apportées par la convention collective.

Parfois aussi, l'arbitre se prononcera à la simple lecture de la clause (surtout si celle-ci emploie les termes : « L'employeur détermine la date etc. »). Ainsi M. Jacques J. Anctil, dans *C.H.U. de Sherbrooke*⁹⁸, déclare, sans faire référence à l'absence ou à la présence d'une clause de direction :

Il n'y a aucun doute que c'est l'employeur et non le salarié qui détermine la date du congé annuel. Il s'agit incontestablement d'un droit de direction.

Des phrases de ce genre se retrouvent dans toutes les décisions. En fait, qu'il y ait une clause de direction ou non et quelle que soit la façon de l'arbitre d'aborder la question, une chose est certaine, c'est que l'employeur détient au départ un droit absolu de déterminer la date des vacances annuelles des salariés et que ce droit n'est restreint que par les limitations spécifiques des conventions collectives.

Cette position vis-à-vis le droit de gérance qu'ont les arbitres est le reflet d'une conception traditionnelle des droits de la direction. L'affaire *Ritchie Cut Stone*⁹⁹ citée par M. Palmer, est une bonne illustration de cette conception :

In our view, while there is no management's rights clause contained in this agreement, management historically had the power to do anything in relation to its employees that the operation of the business required without restriction. This right by virtue of agreement can be cut down. Failing a management's rights clause which limits both labour and management to some degree as may be set out in such a clause, the residual right to operate the business and to take such steps as may be desired by management is only limited by agreement which may have been arrived at in the collective agreement which has taken away certain of management's rights and those rights not dealt with in the collective agreement remain vested in management.

97. *La ville de Montréal c. L'association des pompiers de Montréal*, [1975] S.A.G. 989.

98. *Supra*, note 92.

99. *Re Ritchie Cut Stone*, (1967) 17 L.A.C. 202 (Lane).

Mais que permettra, pratiquement, de faire ce droit de gérance en ce qui concerne la date des vacances annuelles d'un salarié?

Par exemple, si deux employés d'un même département et qui ont la même ancienneté et la même classification choisissent les mêmes dates de vacances, l'employeur pourra soit accepter de laisser les deux salariés prendre leurs vacances en même temps, soit, si la planification du travail le justifie, décider qu'un seul prendra ses vacances à ces dates et lequel, voire décréter qu'aucun des deux ne prendra ses vacances à ce moment.

Cependant, dans le cas de salariés qui n'ont pas la même ancienneté ou la même classification et qui ont exprimé une préférence identique, l'employeur devra accorder les dates choisies au plus ancien, ou à celui qui a une classification supérieure en cas d'ancienneté identique et si la convention mentionne ce critère, dans la mesure toutefois où il aura jugé que les exigences de la planification ne lui permettent d'envoyer en vacances qu'un seul de ces deux employés en même temps. Encore une fois, et toujours selon un impératif de planification, il pourra décider que même le plus ancien n'aura pas droit de prendre ses vacances à ces dates.

En fait, si la convention n'apporte pas de limitation au droit de l'employeur de déterminer la date des vacances, ce droit demeure entier et on a jugé que l'arbitre ne pourrait pas, dans ce cas, contester la décision de l'employeur concernant la date des vacances¹⁰⁰.

Conséquemment à tout ceci, on peut affirmer que le droit de gérance de l'employeur, par le biais principalement de la planification du travail, est l'élément qui intervient finalement et de façon déterminante dans l'attribution de la date des vacances. Ce pouvoir s'exprime à travers des décisions et des directives administratives de la direction.

Sachant que, dans à peu près tous les cas de griefs rencontrés portant sur la détermination de la date des vacances, on retrouve le schéma « choix plus ancienneté du salarié c. droit de gérance de l'employeur », ce droit de gérance apparaissant à première vue comme un élément déterminant, la question que nous allons nous poser est de savoir dans quelle mesure il existe une limite véritable à ce droit de la direction de déterminer les dates des vacances et ce, dans les conventions collectives, en faisant l'analyse de griefs qui ont été portés à ce propos. Ces griefs se posent principalement parce qu'il incombe à l'employeur d'appliquer la procédure de détermination de la date des vacances. Ils peuvent être sommairement divisés ainsi : les griefs portant sur l'élaboration de la liste des vacances, les griefs causés par une modification à la liste des vacances du fait de l'employeur ou encore le refus par l'employeur d'accorder une modification demandée par un employé.

100. *Toronto v. Toronto Civic Employees' Union*, (1976) 62 D.L.R. (3d) 53 (Dif. Crt. Ont.). Voir cependant les art. 69 à 73 de la *Loi sur les normes*, *supra*, note 74.

2.2. L'étude des griefs

2.2.1. Les griefs portant sur l'élaboration de la liste des vacances

2.2.1.1. L'ancienneté départementale ou par service

Nous avons rencontré quelques griefs où les arbitres ont eu à se prononcer sur la question de savoir si l'ancienneté pertinente à considérer pour établir les listes de vacances annuelles, devait être calculée au niveau de l'établissement entier ou à celui de chacun de ses services ou départements. Il s'agit des décisions *C.H.U. de Sherbrooke*, *Hôpital Notre-Dame-de-Lourdes* et *Pavillon Georges-Frédéric*¹⁰¹. Dans ces trois décisions, les arbitres ont décidé que l'ancienneté devait être calculée en fonction du service ou du département, et non pas de l'établissement en entier. En fait, dans la première situation, il s'agissait d'un cas de transfert de département, question que nous allons étudier subséquemment, et c'est incidemment que l'arbitre s'est prononcé sur ce point. Dans *Hôpital Notre-Dame-de-Lourdes*, la clause spécifiait que l'ancienneté devait être appliquée « par service » et la convention mentionnait, d'autre part, qu'une unité de soins infirmiers équivalait à un service. On s'est donc demandé ce qui constituait une unité de soins infirmiers ; en raison de l'organisation de l'hôpital, l'arbitre décida que l'unité appropriée correspondait à un département de l'hôpital et que, par conséquent, l'ancienneté devait être calculée en fonction de *chaque département*. Dans la décision *Pavillon Georges-Frédéric*, enfin, la clause spécifiait que l'ancienneté devait être « appliquée par classification et par département ». On s'est ici demandé si le mot département correspondait à une section de l'hôpital ou encore à l'unité opérationnelle qu'est un service (par exemple : le service de l'entretien). Devant l'ambivalence de la convention collective sur ce point, l'arbitre s'en est remis à la pratique de cet hôpital pour décider que l'ancienneté devait être considérée par service.

On retire de la lecture de ces griefs que, si les arbitres sont unanimes à ne pas se rallier à la thèse qui veut appliquer l'ancienneté au niveau des établissements en entier, ceux-ci ne constituant pas l'unité de base dans le calcul de l'ancienneté des salariés les uns par rapport aux autres, ils rendent des décisions différentes en raison des dispositions diverses prévues sur cette question dans les conventions collectives.

101. Respectivement *supra*, notes 92, 89 et *Le Pavillon Georges-Frédéric* et *Le syndicat national des employés du Pavillon Georges-Frédéric*, [1973] S.A.G. 2248 (Pierre Lachapelle).

2.2.1.2. Choix et ancienneté c. Droit de gérance

2.2.1.2.1. Les arguments invoqués par les parties

Schématiquement, lorsqu'un employé conteste les dates de vacances qui lui ont été assignées, l'employeur va toujours opposer comme motif de refus des dates choisies par le salarié, la planification du travail, ou les exigences de la production, qui l'empêche de permettre à l'employé de s'absenter pendant telle ou telle période donnée.

Le syndicat, de son côté, tentera de démontrer que la planification du travail, ou les exigences de la production, ne justifie pas un tel refus et que la décision de l'employeur est entachée d'arbitraire. Il invoquera, par exemple, la pratique antérieure dans l'établissement, le fait que la période de vacances que réclame le salarié est une période de faible activité ou encore le fait que quelqu'un d'autre peut effectuer les tâches de la personne qui veut des vacances.

2.2.1.2.2. Le jeu de la preuve

Comment ces divers éléments vont-ils s'agencer en fonction du jeu de la preuve? Il semble qu'il faille distinguer à ce sujet selon la formulation de la clause pertinente.

Si celle-ci est ainsi rédigée :

*Compte-tenu des exigences des opérations et de la durée des services d'un employé, la compagnie doit, en autant que possible, se rendre aux désirs des employés en déterminant les cédules de vacances*¹⁰²,

les arbitres considèrent que la clause, à cause de sa tournure impérative qui impose une obligation à la compagnie¹⁰³, crée une présomption de discrimination en faveur du salarié qui se voit refuser la préférence qu'il avait exprimée¹⁰⁴. Pour renverser la présomption, l'employeur doit invoquer des motifs sérieux, comme quoi la présence du salarié, lors de la période de vacances demandée, est nécessaire à la bonne marche de l'établissement. Si le syndicat veut que le grief qu'il a porté soit accueilli, il doit dès lors faire la preuve de la discrimination et de l'arbitraire de la décision patronale.

S'il s'agit d'une clause formulée comme suit :

L'employeur *détermine* la date des congés annuels *en tenant compte* de la préférence exprimée par les salariés et de leur ancienneté...¹⁰⁵,

102. Cette clause est rencontrée dans *Canadian Copper Refiners*, *supra*, note 88.

103. Voir *Canadian Copper Refiners*, *supra*, note 88.

104. Voir *Noranda Mines Industries*, *supra*, note 90; *Les Prévoyants*, *supra*, note 95.

105. Pour des décisions comportant une telle clause : *supra*, notes 89, 91, 92, 93 et 94.

l'exigence de la preuve varie selon les arbitres. Cependant, la majorité de ceux-ci semble croire, malgré le fait que la clause indique assez clairement que c'est à l'employeur qu'appartient le droit de déterminer la date des vacances compte tenu de quelques éléments, qu'il s'établit, comme précédemment, une présomption de discrimination en cas de refus. L'employeur doit donc justifier sa décision :

Le motif ne peut être arbitraire, mais bel et bien fondé sur des motifs raisonnables se rattachant de près ou de loin au fonctionnement de l'établissement¹⁰⁶.

Évidemment, les arbitres vont se montrer plus ou moins sévères sur la notion de « motif raisonnable ». Celui-ci, selon les circonstances, se rattachera de plus ou moins près au fonctionnement de l'établissement. Globalement, toutefois, ils exigent une telle preuve de l'employeur. Cette façon de procéder est, d'ailleurs, conforme à la description du processus faite par M. Palmer¹⁰⁷ ainsi que par MM. Brown et Beatty¹⁰⁸ qui affirment que l'employeur doit démontrer en quoi l'absence de l'employé serait préjudiciable aux opérations de l'établissement.

M. Pierre-André Lachapelle, dans *Cité de Roberval*¹⁰⁹, n'a pas abordé la question sous cet angle. Il s'agissait d'un salarié qui s'était fait décaler de deux jours les dates de vacances qu'il avait demandées. L'arbitre affirma d'abord que « tenir compte » veut dire « prendre en considération », « accorder de l'importance à ». Conséquemment, l'employeur était tenu simplement de prendre en considération la préférence des employés. Il n'était pas tenu d'entériner leur choix, ceux-ci ne possédant pas un droit absolu d'obtenir les dates qu'ils préféraient. Puis, il se demanda si, dans les faits, la ville de Roberval avait bien tenu son obligation de « tenir compte » et décida ce qui suit :

... en établissant la période de vacances du plaignant du 17 septembre au 23 septembre alors que celui-ci demandait que ses vacances s'étendent du 19 au 25 septembre... cela permet de dire qu'il est raisonnable de croire que la Ville a effectivement pris en considération le choix du plaignant...

Comme on peut le constater, l'arbitre ne demanda pas à l'employeur de prouver le motif raisonnable de son refus d'octroyer les dates choisies par l'employé. Il se contenta de voir si des efforts avaient été faits pour contenter le salarié et, devant le simple décalage de deux jours, conclut à la non-violation de la convention par l'employeur, ce qui était moins onéreux, au niveau de la preuve, que d'être obligé de renverser une présomption de discrimination.

106. M. Pierre DIONNE, dans *C.H.U.L.*, *supra*, note 93.

107. *Supra*, note 45.

108. *Supra*, note 44.

109. *Supra*, note 91.

Il est possible d'établir un court bilan. Sur les quelques décisions rencontrées qui portent sur la valeur relative à donner au choix de l'employé et à l'ancienneté par rapport au droit de gérance de l'employeur, il n'y en a qu'une seule où l'arbitre rejette les prétentions de l'employeur. Il s'agit de M. Guy Dulude, dans *Hôpital Saint-Joseph de Lachine*¹¹⁰ où l'infirmière-chef, non couverte par l'unité d'accréditation et ayant moins d'ancienneté qu'une des deux infirmières-chefs auxiliaires, qui elles étaient couvertes par l'unité, s'était vu préférée, dans l'octroi de la date des vacances, à l'une de ses auxiliaires. Le grief de l'auxiliaire fut accueilli. L'arbitre rejeta les arguments de l'employeur en disant que ceux-ci ne constituaient pas une preuve de motifs sérieux pour empêcher qu'une infirmière-chef auxiliaire prenne ses vacances à une date où la seconde auxiliaire était présente, même si l'infirmière-chef était elle-même en vacances. Il nota surtout que cela se faisait dans les autres services de l'hôpital et qu'en raison de la diminution du nombre des patients pendant cette période, la qualité des soins n'en était pas affectée. Nous devons remarquer que l'arbitre exige ici une preuve très serrée de la part de l'employeur et que l'on n'est pas toujours si sévère.

2.2.1.2.3. Les cas particuliers

Nous avons regroupé, dans cette section, trois sentences arbitrales qui ne s'inscrivent pas dans le schéma général que nous venons d'élaborer.

Les deux premiers griefs dont nous allons traiter, représentent des situations inverses. Dans *Canadian Copper Refiners*¹¹¹, un certain Dagenais se plaignait du fait que des employés ayant moins d'ancienneté que lui, avaient eu un meilleur choix de vacances. Ce M. Dagenais bénéficiait d'une assignation temporaire à un poste, en raison de sa compétence, et remplaçait les employés réguliers pendant leurs vacances. Selon la convention collective l'employeur devait, compte tenu des exigences des opérations et de la durée des services d'un employé, en autant que possible, se rendre aux désirs des employés en déterminant les cédules de vacances. Dans ce cas, l'arbitre a affirmé que l'assignation temporaire est un droit qui existe selon l'ancienneté de l'employé. En exerçant ses droits d'ancienneté sous l'article qui permet l'assignation temporaire, l'employé renonçait à ces mêmes droits en ce qui concerne la détermination de la date de ses vacances annuelles, puisqu'il fournissait lui-même à la compagnie, par son choix, l'occasion de se prévaloir de cette réserve des exigences des opérations. Dans la décision

110. *Supra*, note 94.

111. *Supra*, note 88.

*Consolidated Bathurst*¹¹², il s'agissait au contraire de la possibilité de travailler pendant une mise-à-pied pour un employé qui avait choisi ses vacances pendant une partie de la période de mise-à-pied. L'employeur avait refusé, pour ce motif, de permettre à l'employé de travailler pendant la mise-à-pied et avait accordé le poste à un salarié possédant moins d'ancienneté. Le tribunal d'arbitrage a décidé que :

... la direction ne pouvait lui reprocher de prendre ses vacances auxquelles il avait droit au moment où elles ont été cédulées de consentement et après entente avec la direction et du même souffle le priver d'un autre droit, celui de remplacer un moins ancien que lui pour éviter une mise-à-pied.

Dans la première de ces sentences, l'arbitre a donc considéré que l'employé ne pouvait user qu'alternativement de deux droits que lui procure l'ancienneté, alors que dans l'autre décision, on a accepté l'utilisation concurrente de tels droits. Dans les deux situations, la convention était muette sur le point concerné.

Le dernier grief dont nous voulons traiter dans cette section, concerne le choix de la date des vacances annuelles d'un salarié qui va prendre sa retraite. C'est la décision *Employés de la C.T.C.U.M.*¹¹³ L'employeur avait décidé, par règlement, qu'un employé mis à la retraite prendrait ses vacances avant la cessation de son emploi, ce qui était contesté par le syndicat qui prétendait que la convention collective permettait à l'employé de choisir la date de ses vacances. L'arbitre s'est rangé du côté patronal en donnant pour motif que, selon la position syndicale, un salarié pourrait, à la fois retirer des sommes d'argent à titre de retraité et d'employé, ce que les parties n'avaient pas exprimé clairement à la convention. En fait, l'arbitre s'en est remis ici au droit général de gérance de l'employeur, qui existe en l'absence de dispositions de la convention collective le limitant.

2.2.2. Les griefs portant sur la modification de la liste des vacances après assignation

2.2.2.1. En cas de changement de département

Dans *C.H.U. de Sherbrooke*¹¹⁴, il s'agissait de salariés qui avaient choisi leurs dates de vacances dans leur département d'origine, dates qui leur avaient été accordées. Subséquemment à cet accord de l'employeur, ils

112. *Consolidated Bathurst Ltée c. Le syndicat canadien des travailleurs du papier*, [1977] S.A.G. 1144 (Roland Tremblay).

113. *Le syndicat des employés de bureaux de la C.T.C.U.M. et La C.T.C.U.M.*, [1974] S.A.G. 1211 (Jean-Denis Gagnon).

114. *Supra*, note 92.

changèrent de département. L'employeur leur refusa alors les dates qu'on leur avait préalablement octroyées et leur demanda de choisir de nouvelles dates parmi celles qui restaient disponibles dans leur nouveau département. La question qui se posait était la suivante: «... un salarié peut-il être contraint de déplacer son congé annuel lorsqu'il change de poste ou de département après l'affichage du programme?»

L'arbitre Jacques J. Anctil donna raison à l'employeur, lequel avait émis sa décision par le biais d'une directive administrative. Aussi affirma-t-il :

... l'employeur a non seulement le droit mais le devoir de déterminer la date des congés annuels de manière que le bon fonctionnement du département soit le moins perturbé possible. Lorsqu'il détermine la date du congé annuel d'un salarié, l'employeur présume que lorsqu'il prendra ses vacances, le salarié travaillera au même poste et au même département. Le droit acquis à une date précise pour prendre des vacances est donc lié au poste et au département.

Dans *Hôpital Saint-Jean de Dieu*¹¹⁵, les faits étaient identiques à la décision précédente et l'arbitre a aussi donné raison à l'employeur pour le motif suivant :

Sinon, il reviendrait à dire que cet employé qui bénéficie d'un droit de déplacement et qui remplace, dans un département, une personne qui a moins d'ancienneté pourrait opposer ses droits à des personnes de ce département qui ont plus d'ancienneté et qui ont déjà exercé leur droit de préférence. C'est le problème qui semble soulevé dans le présent cas et nous ne croyons pas que l'employeur avait d'autre possibilité que de modifier la période de vacances de Mlle Rivet.

2.2.2.2. En cas de mise à pied

Dans *Ville de Montréal*¹¹⁶ les employés, dont les dates de vacances annuelles avaient été fixées, furent mis à pied avant la date à laquelle ils devaient prendre ces vacances. L'arbitre, tout en reconnaissant le droit de direction de l'employeur qui lui permet de faire des mises à pied, décida que, comme la convention collective contenait une disposition précise mentionnant dans quels cas particuliers la période de vacances pouvait être modifiée par l'employeur après assignation, ce dernier devait s'en tenir à cette disposition. Puisque la clause ne prévoyait pas la mise à pied comme un cas possible de modification des dates de congé, l'arbitre a accueilli le grief selon le principe qui veut qu'on ne peut déroger à une clause expresse d'une convention collective.

115. *Hôpital Saint-Jean de Dieu et Le syndicat des employés d'hôpitaux de Montréal*, [1973] S.A.G. 484 (Camille Beaulieu).

116. *La ville de Montréal c. L'association des pompiers de Montréal*, [1975] S.A.G. 989 (Roland Tremblay).

2.2.2.3. L'employé qui veut modifier la date de ses vacances

Deux griefs, respectivement de 1976 et de 1978, décrivent des situations où c'est, non pas l'employeur, mais l'employé qui veut modifier la date de ses vacances annuelles. Ces décisions sont *Commission scolaire des Vieilles-Forges*¹¹⁷ et *Hôpital Saint-Luc*¹¹⁸. Dans ces deux cas l'on était en présence d'un employé qui était en période d'invalidité au moment de ses vacances et qui demandait le report de celles-ci à la fin de sa période d'invalidité. La convention collective de la commission scolaire prévoyait que les bénéfices de vacances sont non transférables et non cumulatifs d'une année à l'autre, à moins d'une entente. Celle de l'hôpital ne contenait pas une telle disposition. M. Jean-Yves Durand, dans la première décision, considérant que l'employé en période d'invalidité, qui bénéficie de l'assurance-salaire, a droit de recevoir les bénéfices de la convention collective, a décidé ce qui suit :

Nous concluons donc que l'employeur ne pouvait imposer au salarié la prise de vacances alors qu'il était en période d'invalidité. Il devait à ce moment continuer à le faire bénéficier de l'assurance-salaire et lui permettre de jouir de ses vacances par la suite. Cependant, pour rendre jugement dans la présente affaire, il faut prendre en considération plusieurs points. Monsieur Brousseau a déjà reçu le paiement de ses vacances, la convention collective locale prévoit que les vacances ne sont pas transférables d'une année à l'autre et nous traitons d'une période de vacances pour l'année 1973-1974.

Considérant ces éléments nous croyons que la seule solution possible est d'ordonner à l'employeur de verser à monsieur Brousseau l'équivalent de 85% de son salaire pour les deux (2) semaines en cause.

Dans le second grief l'arbitre est arrivé à la même décision, mais en se basant sur l'ordonnance n° 3 de 1972 de la *Loi du salaire minimum*, en raison du silence de la convention collective sur le point litigieux. C'est l'article 70 de la *Loi sur les normes du travail*¹¹⁹ qui correspond à l'article appliqué de l'ordonnance n° 3 :

Le congé annuel doit être pris dans les douze mois qui suivent la fin de l'année de référence, sauf si une convention collective ou un décret permettent de le reporter à l'année suivante.

De ces deux décisions on peut conclure que, s'il existe une disposition expresse de la loi ou de la convention collective qui stipule un délai à l'intérieur duquel doivent être prises les vacances, une impossibilité physique de jouir de ces vacances au moment prévu ne permet pas d'en reporter les dates à l'extérieur de ces délais. Les vacances seront alors compensées pécuniairement.

117. *Le syndicat des employés de la commission scolaire régionale des Vieilles-Forges c. La commission scolaire régionale des Vieilles-Forges*, [1976] S.A.G. 511 (Jean-Yves Durand).

118. *Hôpital Saint-Luc c. Union des employés de service*, [1978] S.A.G. 853 (Réginald Savoie).

119. *Supra*, note 74.

2.2.3. Les éléments des conventions collectives, une limitation relative du droit de gérance de l'employeur

Si l'on considère l'interprétation qui a été faite, par M. Pierre-André Lachapelle, de la limitation qu'apportaient au droit de l'employeur les éléments « choix » et « ancienneté », dans la décision *Cité de Roberval*¹²⁰, en n'exigeant pas de l'employeur de prouver le motif raisonnable de son refus d'octroyer les dates choisies par l'employé, point n'est besoin de dire que cette limitation est extrêmement relative.

Si l'on se penche, par contre, sur la position des autres arbitres en ce qui concerne le sens à donner aux deux types de clauses que nous avons distinguées (soit les clauses rédigées ainsi : « l'employeur doit se rendre aux désirs des employés... » ou « en tenant compte de la préférence des salariés... ») le droit de l'employeur de déterminer la date des vacances de ses employés paraît devoir s'exercer dans un cadre plus strict, en raison de la présomption de discrimination qui est établie en faveur du salarié qui se voit opposer le refus de son choix exprimé. Cependant, cette protection du salarié, quoique réelle, reste assez minime. En effet, il semble que l'argument de planification du travail présente une certaine facilité au niveau de la preuve. Il est plus facile de dire qu'on a besoin de quelqu'un qu'on a engagé, que de démontrer, comme doit le faire le syndicat, qu'une décision est d'un caractère discriminatoire, surtout que, d'une façon absolue, l'employeur a toujours besoin de la personne qui veut partir en vacances et qui ne serait pas à son emploi si elle était parfaitement inutile à la bonne marche de l'établissement. Ceci explique peut-être un peu le piédestal sur lequel les arbitres placent la « planification du travail » et qui est le *leitmotiv* des rejets des griefs portés par les syndicats.

Conclusion

L'étude des vacances annuelles à travers les décisions des arbitres des griefs québécois est un thème technique et relativement complexe, en raison de l'importance de la jurisprudence portant sur ce domaine. On découvre, à leur lecture, combien ces décisions dépendent d'interprétations subtiles des clauses des conventions collectives, interprétations qui tournent souvent autour du sens à donner à un ou deux mots et qui sont avancées soit par le syndicat, soit par la partie patronale.

Nous avons vu que la durée des vacances d'un salarié est en relation directe avec le nombre d'années de service qu'il a accumulées et que ce service a été généralement interprété comme étant la durée du lien d'emploi depuis

120. *Supra*, note 89.

l'embauche. Quant au lien d'emploi nous avons dégagé qu'il représente deux réalités différentes selon que la convention collective contient ou non une clause établissant que les absences autorisées n'interrompent pas le service.

L'allocation des vacances frappe par la variété de ses modes d'octroi. Ce sont cependant les clauses attribuant l'allocation selon une certaine période de service qui ont été à l'origine des principaux griefs. Ceux-ci ont été résolus selon le même raisonnement juridique que celui utilisé en matière de durée des vacances.

Quoique l'état actuel de la jurisprudence arbitrale permette de calculer assez précisément le « service » d'un salarié, il serait souhaitable que les conventions collectives soient plus explicites sur le sens à donner à ce mot qui n'est, pour l'instant, presque jamais défini.

C'est à l'employeur, nous disent les arbitres, qu'appartient le droit de déterminer la date des vacances annuelles de ses salariés et ce droit absolu n'est limité que dans la mesure où la convention collective le restreint. Le point saillant qui ressort de l'étude des griefs en ce domaine est de voir que les clauses des conventions collectives restreignent de façon très limitée le droit de l'employeur de déterminer à quel moment les vacances seront prises. L'employeur, à toutes fins pratiques, n'a pas, dans presque tous les cas, à tenir compte du choix du salarié lorsqu'il dispose d'un quelconque motif se rattachant au fonctionnement de l'établissement, à lui opposer.

Derrière toutes ces technicalités se cachent deux tendances que leurs tenants respectifs cherchent à faire valoir en tentant de faire accepter par les arbitres la position qui est leur en ce qui concerne le sens à donner à telle ou telle clause des conventions collectives. Ces interprétations différentes que se partagent l'employeur et le syndicat portent évidemment sur des aspects de la convention que l'on a pas précisés suffisamment lors de la négociation, en raison du rapport de force qui s'était établi à ce moment et qui ne permettait pas à la balance de pencher clairement en faveur de l'une ou l'autre partie sur ces points précis.

La première tendance, qui est celle du syndicat, va dans le sens de l'octroi du plus grand nombre de vacances annuelles possibles aux salariés, aux meilleures conditions possibles. Cette tendance peut s'analyser en termes de besoin : besoin de repos après le travail, souvent harassant, effectué et aussi en raison de non-épanouissement, malheureusement très fréquent, de l'individu dans son milieu de travail. Quant à la tendance patronale, elle s'explique en raison de critères économiques, d'un souci de rentabilité, à cause du coût que représente monétairement l'octroi de vacances annuelles, le plus souvent payées.

Quand on voit ainsi ces deux positions et les implications qu'elles comportent pour les salariés et les employeurs, on ne s'étonne pas d'être

porté à penser, à la lecture des décisions arbitrales, que ceux qui les rendent, au-delà d'une stricte logique, juridique ou pas, n'utilisent les biais de l'interprétation que comme un moyen de parvenir à une solution donnée à laquelle ils adhèrent préalablement, ou du moins qu'ils sont tentés de le faire. Chaque décision rendue n'a-t-elle pas en effet pour résultat de faire progresser l'esprit de notre droit du travail ? Oui, certainement, et c'est par ses décisions que l'arbitre, guidé et restreint par les textes des conventions et des principes d'interprétation, traduit ce qui pour lui constitue le véritable progrès de cet esprit. Ce progrès comporte plusieurs voies différentes, parfois inconciliables, mais ce n'est pas notre propos d'en catégoriser les mérites respectifs.

À la fin de toute cette analyse, il est une question qui demeure encore : que sont les vacances annuelles ? La doctrine affirme qu'elles font partie du «total wages packing», c'est-à-dire qu'elles sont une rémunération de l'employeur à l'employé. Mais sont-elles vraiment un bénéfice, un solde ? C'est ainsi que la jurisprudence arbitrale les considère, mais on pourrait imaginer une conception des vacances qui dépasse l'image qu'en véhicule la jurisprudence : un droit, au-delà de l'idée même de rémunération. Ce serait toute la façon de les concevoir et de les octroyer qui serait alors à revoir.