

Les clauses dites « orphelins » et la notion de discrimination dans la *Charte des droits et libertés de la personne*

Michel Coutu

Volume 55, numéro 2, 2000

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/051310ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/051310ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Département des relations industrielles de l'Université Laval

ISSN

0034-379X (imprimé)

1703-8138 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Coutu, M. (2000). Les clauses dites « orphelins » et la notion de discrimination dans la *Charte des droits et libertés de la personne*. *Relations industrielles / Industrial Relations*, 55(2), 308–331. <https://doi.org/10.7202/051310ar>

Résumé de l'article

Les clauses dites « orphelins » ont été introduites au Québec vers le milieu des années 80. Récemment, un débat très vif a eu cours au sujet de la validité de ces clauses. La question du caractère discriminatoire ou non des clauses « orphelins », par rapport à la Charte des droits et libertés de la personne, a occupé fréquemment le devant de la scène au Québec pour aboutir à l'adoption, par l'Assemblée nationale, du projet de loi n° 67 modifiant la Loi sur les normes du travail. Cet article présente d'abord le concept de discrimination et ses possibilités d'application au phénomène des clauses « orphelins », étudie la portée des exceptions au principe de discrimination dans l'emploi qui pourraient faire écran à d'éventuelles plaintes en ce domaine, pour examiner enfin la juridiction respective de la Commission des normes du travail et de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse.

Les clauses dites « orphelins » et la notion de discrimination dans la Charte des droits et libertés de la personne

MICHEL COUTU

Les clauses dites « orphelins » ont été introduites au Québec vers le milieu des années 80. Récemment, un débat très vif a eu cours au sujet de la validité de ces clauses. La question du caractère discriminatoire ou non des clauses « orphelins », par rapport à la Charte des droits et libertés de la personne, a occupé fréquemment le devant de la scène au Québec pour aboutir à l'adoption, par l'Assemblée nationale, du projet de loi n° 67 modifiant la Loi sur les normes du travail. Cet article présente d'abord le concept de discrimination et ses possibilités d'application au phénomène des clauses « orphelins », étudie la portée des exceptions au principe de discrimination dans l'emploi qui pourraient faire écran à d'éventuelles plaintes en ce domaine, pour examiner enfin la juridiction respective de la Commission des normes du travail et de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse.

Le débat relatif à « l'équité intergénérationnelle » au Québec, centré largement sur la question de l'élimination des clauses dites « orphelins »,

-
- COUTU, M., conseiller juridique à la Direction de la recherche et de la planification de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (CDPDJ) et chercheur associé au Centre de recherche en droit public (Université de Montréal).
 - Je désire remercier, pour leurs commentaires critiques, mes collègues Guylaine Vallée (professeure à l'École de relations industrielles de l'Université de Montréal), Claire Bernard, Daniel Carpentier (avocats et chercheurs à la CDPDJ) et Pierre Bosset (directeur de la Direction de la recherche et de la planification, CDPDJ). Les opinions exprimées ici n'engagent toutefois que l'auteur.

a fréquemment porté sur les implications de la *Charte des droits et libertés de la personne*¹. La grande majorité des mémoires déposés devant la Commission parlementaire de l'économie et du travail² se sont référés soit à la Charte québécoise, soit directement aux prises de position de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse. Du côté des partisans du *statu quo*, l'on a insisté sur l'absence de vide juridique qui caractériserait la situation juridique en matière de clauses dites « orphelins » (vu la présence de la Charte québécoise), tout en critiquant cependant l'interprétation large de la notion de discrimination fondée sur l'âge, défendue par la Commission des droits. Du côté des organismes exigeant une intervention du législateur en ce domaine, l'on s'est appuyé sur l'analyse de la Commission des droits pour taxer de discriminatoires à tout le moins certaines de ces clauses, tout en estimant que cet organisme n'était pas l'instance appropriée pour éradiquer ce type de phénomènes.

Après avoir longtemps ménagé les opposants à toute intervention conséquente en la matière, le législateur s'est finalement décidé à raffermir son projet de loi n° 67³, pour en éliminer certaines dispositions très controversées. Il n'en reste pas moins que, vu la portée restreinte, à certains égards, de la *Loi modifiant la Loi sur les normes du travail en matière de disparités de traitement*⁴ (adoptée le 17 décembre 1999), la question de l'interaction entre la *Loi sur les normes du travail*⁵ et la *Charte des droits et libertés de la personne du Québec* doit être examinée de manière attentive. Par rapport au problème des clauses dites « orphelins », le champ d'application de la norme minimale du travail et de la norme quasi-constitutionnelle ne se recoupe pas entièrement. La Charte a indéniablement une portée beaucoup plus large, conditionnelle toutefois à la présence d'un élément discriminatoire, dont la preuve impose des contraintes importantes sur le plan de l'enquête. La portée de la section VII.1 de la *Loi sur les normes du travail* est davantage restreinte, ne visant que certains types de clauses dites « orphelins », mais les modalités de preuve d'une infraction à la loi sont, du moins en principe, beaucoup plus simples.

Dans ce qui suit, nous allons, dans un premier temps, étudier la portée du principe de non-discrimination dans la *Charte des droits et libertés de la personne* en matière de clauses dites « orphelins », analyser à cet égard,

1. L.R.Q., c. C-12.

2. En août 1998 et en septembre 1999.

3. *Loi modifiant la Loi sur les normes du travail en matière de disparités de traitement*, Assemblée Nationale (Qué.), 1^{re} session, 36^e Législature, 1999 (Présentation).

4. L.Q. 1999, c. 85.

5. L.R.Q., c. N-1.1.

dans un second temps, les exceptions au principe de non-discrimination (articles 19 et 20 de la Charte), pour examiner, dans un troisième temps, l'interaction entre la Charte et la section VII.1 de la *Loi sur les normes du travail*. Enfin, en conclusion, nous tenterons de mettre en lumière, en ayant recours au concept de *citoyenneté*, l'importance des enjeux socio-politiques du débat relatif à ces clauses, lesquels ne peuvent manquer d'influer, à notre avis, sur la discussion proprement juridique.

Au préalable, il nous paraît important de faire certaines précisions. Dans un premier temps, sur le plan terminologique, le vocabulaire n'étant pas encore pleinement fixé pour décrire les phénomènes en cause. Diverses expressions ont été proposées : « clauses de rémunération à double palier », « clauses discriminatoires », « clauses de disparité de traitement ». Aucune de ces expressions n'est pleinement satisfaisante. La *rémunération à double palier* décrit uniquement certains types de phénomènes : toutes les distinctions en ce domaine ne s'attachent pas uniquement à la rémunération, et n'ont pas nécessairement pour effet d'établir des paliers attribuant des conditions de travail inférieures aux nouveaux salariés⁶. L'expression *clause discriminatoire* ne peut évidemment être retenue, sauf par qui ignore la portée du concept de « discrimination » dans la *Charte des droits et libertés de la personne*. Quant aux « clauses de disparités de traitement », voilà une notion qui demeure tributaire du domaine d'application, trop limité, de la section VII.1 de la *Loi sur les normes du travail*. Pour notre part, et bien qu'il s'agisse d'un barbarisme, nous continuerons à nous référer aux clauses dites « orphelins », un vocable qui, outre l'avantage de la notoriété, possède celui de l'indétermination, d'où son application, dans le vocabulaire courant, à une grande variété de phénomènes.

Certaines précisions doivent être faites, dans un second temps, au regard de l'importance socio-économique du phénomène des clauses dites « orphelins ». Sans prétendre nullement à une étude exhaustive du phénomène, nous prenons appui sur les recherches conduites par le CRSMT (Centre de recherche et de statistiques sur le marché du travail du ministère du Travail du Québec) dont les résultats ont été diffusés en 1988⁷ et en 1992⁸. Nous tenons compte également de l'étude sur la rémunération à

6. Il peut s'agir en effet d'un gel de la progression salariale, de la création de nouvelles catégories d'emploi, etc.

7. Johanne PES et Anne-Marie BLANCHET, « La rémunération à double ou à multiples paliers dans les conventions collectives en vigueur au Québec », *Le Marché du Travail*, mars 1988, p. 79-89.

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

double palier réalisée par la Direction de l'analyse des conditions de travail et de la rémunération du ministère du Travail⁹, étude figurant en annexe au document *Vers une équité intergénérationnelle*¹⁰.

L'étude du CRSMT diffusée en 1992 a porté, pour la période 1985–1990, sur l'ensemble des conventions collectives concernant 100 salariés et plus, et comportant une clause de rémunération à double palier. Pour les fins de la recherche, une clause à double palier était définie comme toute disposition d'une convention collective établissant deux ou plusieurs échelles de salaires distinctes pour une même occupation, séparant les salariés en fonction de leur date d'entrée au service de l'employeur¹¹. L'on relèvera immédiatement que la recherche du CRSMT ne prend en considération que les clauses « orphelins » ayant un impact sur les salaires, et non sur d'autres dimensions de la rémunération, telles l'allongement de la période de probation (qui maintient les nouveaux salariés plus longtemps au niveau le plus bas de l'échelle salariale) ou les distinctions relatives aux avantages sociaux.

La pratique de la rémunération à double palier, apparue aux États-Unis dès 1976 mais qui a connu une certaine prolifération au début des années 1980, visait essentiellement à résoudre le dilemme de certains employeurs désireux de « réduire leurs coûts de main-d'œuvre sans perdre ou incommoder leurs employés d'expérience »¹². Cet essor des *two-tier wage plans* s'inscrivait dans un contexte de dérégulation et de vive concurrence en provenance du secteur non syndiqué¹³. Au Canada et au Québec, la pratique du double palier de rémunération fut introduite vers le milieu des années 1980. L'étude de 1992 du CRSMT distingue entre deux types fondamentaux de clause à double palier : la clause à effet permanent, qui n'autorise jamais les nouveaux salariés à rejoindre la structure de progression des salariés plus anciens ; la clause à effet temporaire, qui permet aux nouveaux salariés d'atteindre éventuellement le plafond salarial le plus avantageux.

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

10. Voir *infra*, note 49.

11. Yves TURCOT, « La rémunération à double palier dans les conventions collectives au Québec. Évolution de la situation entre 1985 et 1990 », *loc. cit.*, note 8, p. 9.

12. *Ibid.*, p. 10.

13. Voir Marvin J. LEVINE, « The Evolution of Two-Tier Wage Agreements : Bane or Panacea in Labor-Intensive Industries », (1989) *Labor Law Journal* 12–20. David J. WALSH, « Accounting for the Proliferation of Two-Tier Wage Settlements in the U.S. Airline Industry, 1983–1986 », *Industrial and Labor Relations Review*, vol. 42, n° 1, 1988, p. 50–62.

Ces clauses à effet temporaire peuvent revêtir des formes très variées : par exemple, un ajout d'échelons inférieurs pour les nouveaux salariés ou une progression plus lente dans l'échelle salariale. Dans son étude antérieure de 1988, le CRSMT observait également, sans s'y attarder, qu'il existe en outre des clauses à double palier déguisées : par exemple, lorsqu'il y a allongement de la période de probation — ce qui a pour effet de maintenir les nouveaux salariés au bas de l'échelle salariale plus longtemps¹⁴.

Le phénomène de la rémunération à double palier a connu un certain essor de 1985 à 1988 au Québec, pour ensuite stagner de façon marquée. Pendant la période examinée par l'étude de 1992 du CRSMT, seule une minorité de conventions collectives étaient concernées par ce phénomène, soit 6,3 %. Si l'on procède toutefois à une ventilation de ces résultats par secteurs d'activité, on observe une présence de beaucoup supérieure à ce taux dans le domaine du commerce (37,1 % en 1990) et de l'administration publique (17,2 %). L'étude plus récente de la Direction de l'analyse des conditions de travail et de la rémunération du ministère du Travail, portant sur la période de 1991 à 1997, corrobore en gros ces données : les clauses de rémunération à double palier sont présentes dans 5,2 % des conventions collectives, mais la proportion demeure plus élevée dans le secteur du commerce (13,7 %) et dans le secteur de l'administration municipale (12,6 %). Il semblerait par ailleurs que ce dernier taux soit appelé à croître de manière notable, suite aux récentes négociations dans le secteur municipal.

En effet, suivant l'étude réalisée par Rock R. Beaudet pour le groupe *Le Pont entre les générations* et portant sur la récente négociation dans une soixantaine de villes québécoises, dont 31 avaient conclu une entente avec leurs salariés à l'époque de la recherche, 64,5 % des villes « ayant conclu un accord, avec au moins une de leurs unités syndicales, ont eu recours à une clause orphelin permanente ou temporaire... »¹⁵. L'on remarquera toutefois que cette étude fait usage d'une définition beaucoup plus large des clauses dites « orphelins », par comparaison avec celle retenue par le CRSMT, en prenant notamment en considération la diminution de salaire visant les employés temporaires et les étudiants, et l'abolition de la sécurité d'emploi pour les nouveaux employés. Par ailleurs, le taux de 64,5 % qui ressort de cette étude ne doit pas être comparé aux chiffres avancés par le CRSMT : l'étude réalisée par M. Beaudet demeure partielle, et le taux vise par ailleurs un certain nombre de municipalités à l'intérieur

14. Johanne PES et Anne-Marie BLANCHET, « La rémunération à double ou à multiples paliers dans les conventions collectives en vigueur au Québec », *loc. cit.*, note 7, p. 80.

15. Rock R. BEAUDET, *Les clauses « orphelins » dans le secteur municipal*, Montréal, Le Pont entre les générations, 24 février 1988.

d'un univers de référence restreint, et non une proportion précise de conventions collectives sur la base d'une recherche exhaustive. À tout événement, l'introduction de clauses dites « orphelins » constitue un phénomène suffisamment persistant au Québec, soulevant par ailleurs de nombreux doutes quant à sa légalité, pour justifier un examen attentif de la portée éventuellement discriminatoire de ce type de clauses au regard de l'article 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne*.

LA PORTÉE DU PRINCIPE DE NON-DISCRIMINATION

Pour qu'il y ait discrimination au sens de la Charte, trois éléments doivent être présents : une distinction, exclusion ou préférence, fondée sur l'un des critères interdits énoncés à l'article 10 et ayant pour effet de détruire ou de compromettre le droit à l'égalité¹⁶. Lorsque l'on considère les clauses « orphelins », lesquelles opèrent une distinction entre les nouveaux salariés et les salariés déjà en place, il est manifeste qu'une telle distinction ne peut se rattacher directement à l'un des critères énoncés à l'article 10¹⁷. Cependant, le concept de discrimination indirecte entre ici en ligne de compte. Cette forme de discrimination « peut survenir tout à fait involontairement dans le cas où un employeur adopte une règle, une norme ou une procédure qui est neutre à première vue et qui s'applique également à tous les employés, mais qui a néanmoins un effet discriminatoire sur un employé en raison d'une caractéristique quelconque de cet employé ou de ce groupe d'employés, comme par exemple leur religion »¹⁸. Dans des décisions récentes très importantes *BCGSEU c. Colombie-Britannique*¹⁹ (ci-après l'arrêt *Meiorin*) et *Grismer c. British Columbia Council of Human*

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

17. Il existe très peu d'études juridiques portant sur le phénomène du double palier de rémunération au Québec. Le seul article de doctrine, à notre connaissance, fut longtemps celui de Sylvain LEPAGE, « Les pratiques défavorables au nouveau salarié dans la convention collective : le cas de la double échelle », (1989) 30 *Les Cahiers de droit* 525-542. Cet article analyse cependant la question surtout du point de vue du *devoir de représentation des salariés* prévu à l'article 47.2 du *Code du travail* du Québec. L'auteur conclut à la validité douteuse des clauses à effet permanent au regard de cette norme. L'on remarquera que cette conclusion rejoint celle que formulait un auteur américain. Voir Malcolm H. LIGGETT, « The Two-Tiered Labor-Management Agreement and the Duty of Fair Representation », (1987) *Labor Law Journal* 236-242. Pour une étude plus récente, voir Marie-France BICH, « Clauses orphelins et devoir de juste représentation », dans *L'équité entre générations et les clauses « orphelins » : des droits à défendre*, Actes du Forum « Droits et libertés », Montréal, CDPDJ, 1999, p. 47 et s.

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

19. [1999] 3 R.C.S. 3.

*Rights*²⁰, la Cour suprême du Canada écarte cependant la « méthode conventionnelle » fondée sur la distinction entre la discrimination directe et indirecte, au profit d'une méthode d'analyse unifiée qui intègre l'obligation d'accommodement à la défense relative à l'exigence professionnelle justifiée. Nous tiendrons compte de l'impact de cette nouvelle méthode unifiée sur le traitement des problèmes soulevés par les clauses dites « orphelins ».

La méthode conventionnelle

Au préalable, toutefois, il nous apparaît indiqué de partir, *pour des fins essentiellement analytiques*, de l'ancienne approche fondée sur la distinction entre la discrimination directe et indirecte. Ceci ne pourra mettre davantage en relief la portée des décisions *Meiorin* et *Grismer* de la Cour suprême. En outre, vu que l'approche unifiée repose sur un infléchissement jurisprudentiel très récent, il nous faut bien évidemment tenir compte d'une jurisprudence antérieure qui se référait à la distinction entre le direct et l'indirect. Dans la perspective de la méthode « conventionnelle », le fait pour l'employeur et pour le syndicat d'introduire dans la convention collective une norme établissant un double palier de rémunération (ou toute autre mesure comportant un désavantage pour les nouveaux salariés) est susceptible d'entraîner des situations indirectement discriminatoires, au premier chef sur la base de l'âge. Dans de tels cas, une preuve statistique²¹ s'avérera indispensable. Cette preuve, qui peut se révéler dans certains cas assez exigeante et onéreuse sur le plan technique²², visera à comparer la situation du groupe désavantagé (les nouveaux salariés) à celle du groupe témoin (les salariés plus anciens) du point de vue de l'âge. S'il s'agit de normes récemment introduites, la comparaison pourra s'effectuer entre les salariés déjà à l'emploi de l'entreprise et la main-d'œuvre disponible pour le type d'emploi concerné. Dans la plupart des cas, un écart significatif devrait être relevé, du point de vue de l'âge. Cela paraît évident quant aux secteurs d'activité qui prévoient, pour certaines fonctions, un âge maximum d'accès à l'emploi (c'est fréquemment le cas pour les policiers, pompiers, chauffeurs d'autobus, par exemple). Dans les autres cas, il faut tenir compte, comme facteur de complexité additionnel, du haut taux de chômage chez les jeunes ainsi que de la précarité et du caractère

20. Cour suprême du Canada, arrêt du 16 décembre 1999.

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

22. *Ibid.*, p. 88.

intermittent des emplois détenus par ce segment de la population²³, ces éléments suggèrent que l'offre d'emploi, en règle générale, sera le fait de candidats nettement plus jeunes que les salariés déjà en fonction. L'on relèvera à cet égard que le CRSMT, dans son étude de 1988, signalait que « le résultat de (telles) clauses est effectivement de pénaliser surtout des jeunes »²⁴.

D'autre part, dans la décision *Commission des droits de la personne du Québec c. Ministère de la Justice du Québec*²⁵, la juge Michèle Rivet reconnaît, en *obiter*, que des situations de discrimination indirecte peuvent se produire en regard du critère de l'âge²⁶. Le caractère indirectement discriminatoire d'une mesure, du point de vue de l'âge, constitue par ailleurs le fondement explicite d'un arrêt récent de la Cour d'appel²⁷. En droit américain, plusieurs décisions font état de telles situations de discrimination indirecte, en matière d'emploi²⁸. Ainsi, dans *Geller c. Markham*, une institution d'enseignement limitait l'embauche d'enseignants, en excluant la candidature des personnes ayant plus de cinq ans d'expérience. Cette exclusion était fondée sur une volonté de réduire les difficultés financières éprouvées par l'institution. La Cour d'appel de 2^e circuit a jugé cette pratique discriminatoire, sur la base de la preuve statistique présentée devant la Cour de district. Cette preuve révélait que 92,6 % des enseignants de 40 ans et plus possédaient plus de cinq ans d'expérience, alors que seulement 62 % des enseignants de moins de 40 ans possédaient une telle expérience. L'on notera enfin que la Cour suprême des États-Unis a refusé la permission d'en appeler de cette décision²⁹.

23. Voir à ce sujet Lucie France DAGENAIS, *La question des jeunes et la stratégie d'emploi jeunesse. Éléments de réflexion*, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, juin 1997.
24. Johanne PES et Anne-Marie BLANCHET, « La rémunération à double ou à multiples paliers dans les conventions collectives en vigueur au Québec », *loc. cit.*, note 7, p. 86.
25. D.T.E. 96T-133 (T.D.P.Q.).
26. « Il est possible que l'exigence professionnelle de détenir un diplôme récent, laquelle ne différencie pas en soi selon l'âge, ait cependant pour effet d'écarter un nombre plus élevé de candidats âgés » (j. Rivet).
27. *Desroches c. Commission des droits de la personne*, C.A.M. 500-09-001272-921, 28 avril 1997.
28. Outre *Geller c. Markham* (voir *infra*), voir *Haskins c. Secretary of Health and Human Services*, 35 FEP Cases 257 (DC Mo, 1984) et *Leftwich c. Harris-Stowe State College*, 29 FEP Cases 71 (DC Mo, 1982).
29. 451 U.S. 945, 25 FEP Cases 847 (1981). La définition restrictive de la discrimination fondée sur l'âge en droit américain (seules les personnes âgées de quarante ans et plus sont visées) ne permet pas, toutefois, de contester la validité des clauses « orphelins » en ayant recours au concept de discrimination indirecte (*adverse impact*). Voir *Age Discrimination in Employment Act*, 29 U.S.C. 621, tel qu'amendé, article 12(d).

À notre avis, la décision de la Cour suprême du Canada dans *Law c. Ministre du Développement des ressources humaines*³⁰ ne fait pas obstacle à l'analyse ci-haut élaborée. Dans *Law*, la Cour suprême en est venue à la conclusion qu'une distinction fondée sur l'âge (visant les conjoints survivants de moins de 45 ans) dans le *Régime de pensions du Canada*³¹ ne portait pas atteinte à l'article 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*³². La Cour soulignait, dans cette décision, que « les jeunes personnes sont par nature plus aptes à intégrer le marché du travail et à y demeurer à long terme »³³. Ce qui importe cependant ici, c'est le mode d'analyse d'une pratique discriminatoire, qui demeure fort différent, en regard de l'article 10 de la *Charte québécoise*. Aux fins de l'article 15(1) de la *Charte canadienne*, trois éléments doivent être présents : (1) une différence de traitement ; (2) la présence de motifs énumérés ou analogues ; (3) l'existence de discrimination faisant intervenir l'objet du par. 15(1). Au regard de ce dernier critère, il faut déterminer si la différence de traitement porte atteinte à la dignité du plaignant, en ce sens qu'elle lui impose « un fardeau ou le prive d'un avantage d'une manière qui dénote une application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe ou qui a par ailleurs pour effet de perpétuer ou de promouvoir l'opinion que l'individu touché est moins capable ou est moins digne d'être reconnu ou valorisé en tant qu'être humain ou que membre de la société canadienne, qui mérite le même intérêt, le même respect et la même considération »³⁴. Ce troisième élément oblige à procéder à une appréciation de la gravité de la distinction qui repose largement sur une appréciation fondée sur des valeurs.

Or l'article 10 de la *Charte québécoise*, du fait que celle-ci énumère de manière détaillée les situations susceptibles d'être discriminatoires (par exemple, les articles 11 à 19 de la *Charte*), n'exige pas de se livrer à un tel examen d'ordre axiologique. Il suffit en effet d'établir un lien entre une distinction fondée sur l'un des critères énumérés et l'atteinte au droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité des droits et libertés de la personne (en particulier, quant aux clauses dites « orphelins », l'article 19

Seul le devoir de représentation équitable pourrait en fait être invoqué, en particulier à l'encontre des clauses à effet permanent. Voir Malcolm H. LIGGETT, « The Two-Tiered Labor-Management Agreement and the Duty of Fair Representation », *loc. cit., supra*, note 17.

30. [1999] 1 R.C.S. 497.

31. L.R.C. (1985), c. C-8.

32. *Loi de 1982 sur le Canada*, Annexe B, 1982 (R.-U.), c. 11.

33. Décision précitée, note 30, paragr. 104.

34. Décision précitée, note 30, paragr. 84 et 88.

de la Charte, lequel prévoit le droit à un traitement ou salaire égal pour un travail équivalent). Soulignons en outre qu'il n'est nul besoin qu'une pratique discriminatoire s'attache à un âge précis : il suffit qu'elle affecte un ou des groupes d'âge³⁵.

Par ailleurs, dans les secteurs d'activité où se produit une recomposition de la main-d'œuvre (avec présence accrue des femmes et des minorités ethniques ou nationales), il est possible que l'introduction de clauses dites « orphelins » ait un effet négatif disproportionné sur les femmes³⁶ et les minorités, dans la mesure où ces catégories de salariés sont davantage présentes parmi les candidats aux postes visés par les clauses dites « orphelins ». Preuve statistique à l'appui, il serait possible de démontrer, en ce dernier cas, que la clause « orphelin » entraîne de la discrimination indirecte à l'endroit de ces catégories de la population.

Cela dit, tel que mentionné, trois éléments doivent être pris en considération pour qu'une situation discriminatoire existe au sens de l'article 10 de la Charte. Il ne suffit pas, par conséquent, d'établir un lien entre un critère de discrimination (l'âge, par exemple) et une distinction, exclusion ou préférence ; encore faut-il démontrer que la présence d'un tel lien a pour effet de compromettre ou de détruire le droit « à la reconnaissance et à l'exercice, en toute égalité, des droits et libertés de la personne » (article 10). En l'occurrence, les clauses dites « orphelins » sont susceptibles, dans la mesure où elles se rattachent indirectement au critère de l'âge, du sexe ou de l'origine ethnique ou nationale, de mettre en cause, en particulier, le droit garanti par l'article 19 de la *Charte des droits et libertés de la personne*.

La méthode unifiée

Avant de prendre en considération les exceptions au principe de non-discrimination, il nous faut cependant mesurer l'impact des décisions

35. Voir Michel COUTU, « La discrimination fondée sur l'âge dans l'emploi et la Charte des droits et libertés de la personne », (1986) 46 *R. du B.* 507. Argument retenu dans *Commission des droits de la personne du Québec c. Compagnie minière Québec Cartier*, [1994] R.J.Q. 2729 (j. Michèle Rivet), décision infirmée, sur d'autres aspects, dans *Compagnie minière Québec Cartier c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, Cour d'appel (Québec), n° 200-09-00495-942, le 7 décembre 1998 (j. Beauregard, Otis et Letarte).

36. Sur ce point, voir l'hypothèse que soulevait Sylvain LEPAGE dans son article de 1989 (« Les pratiques défavorables au nouveau salarié dans la convention collective : le cas de la double échelle », *loc. cit.*, *supra.*, note 17, p. 50).

*Meiorin*³⁷ et *Grismer*³⁸ sur l'analyse précédemment développée, en fonction de la distinction conventionnelle entre discrimination directe et indirecte. Dans *Meiorin* et *Grismer*, la Cour suprême adopte une méthode unifiée d'analyse, qui n'implique plus de préciser si la situation examinée est directement ou indirectement discriminatoire. L'abolition de la distinction n'a pas de conséquence sur le fardeau de preuve du plaignant ; celui-ci devra établir un lien entre une distinction et un critère énuméré à l'article 10 de la Charte. Ceci signifie que lorsque la distinction, en matière de clauses dites « orphelins », repose à priori sur la date d'embauche, une preuve statistique sera indispensable, comme nous l'avons précédemment souligné, pour rapporter cette distinction au critère de l'âge, du sexe ou de l'origine ethnique et nationale. En revanche, la mise à l'écart de la méthode « conventionnelle » implique des exigences accrues quant aux moyens de défense qu'un employeur peut opposer à une preuve *prima facie* de discrimination. L'employeur devra dorénavant prouver, en effet, qu'il a adopté la norme dans un but ou objectif « rationnellement lié aux fonctions exercées » et que la norme est « raisonnablement nécessaire à la réalisation de son but ou objectif, en ce sens que le défendeur ne peut pas composer avec les personnes qui ont les mêmes caractéristiques que le demandeur sans que cela lui impose une contrainte excessive »³⁹. Ainsi, dans tous les cas, le défendeur ne pourra démontrer le caractère justifié d'une norme à priori discriminatoire, sans que la possibilité d'un accommodement raisonnable ne soit prise en considération. Nous verrons toutefois *infra*, à l'occasion de l'examen de l'article 20 de la Charte québécoise, que ce revirement jurisprudentiel, dont l'impact global, à n'en pas douter, sera considérable, ne modifie pas sensiblement les données du problème en matière de clauses dites « orphelins ».

LES EXCEPTIONS AU PRINCIPE DE NON-DISCRIMINATION

Contrairement à la *Charte canadienne des droits et libertés*, la Charte québécoise ne contient pas de clause limitative générale (tel l'article premier de la Charte canadienne). Le droit à l'égalité dans la Charte québécoise est sujet, le cas échéant, à certaines limitations ou exceptions spécifiques. Ainsi, en regard des rapports de travail, le droit à un traitement ou salaire

37. Décision précitée, *supra*, note 19.

38. Décision précitée, *supra*, note 20.

39. Décision *Grismer*, paragr. 20. Un troisième critère, portant sur la bonne foi de celui qui adopte une norme à priori discriminatoire, n'est pas pertinent en contexte québécois, vu le libellé de l'article 20 de la Charte québécoise. Voir par exemple *Smart c. Eaton Ltée*, [1994] 19 C.H.R.R. D/446 (TDPO).

égal pour un travail équivalent (article 19 de la Charte) est assujéti à certaines exceptions, relatives par exemple à l'expérience et à l'ancienneté et énumérées au second alinéa de l'article 19. Par ailleurs, l'article 20 de la Charte québécoise prévoit qu'un « distinction, exclusion ou préférence fondée sur les aptitudes ou qualités requises par un emploi est réputée non discriminatoire ». Nous verrons, en premier lieu, quel est l'impact du second alinéa de l'article 19 sur l'analyse des clauses « orphelins » au regard du droit à l'égalité, pour examiner, en second lieu, l'effet de l'article 20 sur cette question.

L'article 19, 2^e alinéa, de la Charte

L'article 19 est à l'effet suivant :

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

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

Pour mesurer l'impact de l'article 19 sur le problème soulevé, il importe d'opérer un certain nombre de distinctions entre les clauses « orphelins ». Suivant la classification proposée par le CRSMT, les clauses « permanentes » établissent deux échelles de rémunération complètement étanches, alors que les clauses « temporaires » retardent la progression des nouveaux salariés dans l'échelle salariale, par exemple en introduisant des échelons supplémentaires aux niveaux inférieurs. L'intérêt de la distinction réside dans la difficulté d'interprétation que pose le second alinéa de l'article 19, qui prévoit un certain nombre de moyens de défense pour l'employeur et, le cas échéant, pour le syndicat, moyens fondés sur l'ancienneté, la durée du service, etc.

L'article 19 exige toutefois que ces critères soient « communs à tous les membres du personnel ». Il est clair, à cet égard, que les clauses permanentes ne répondent pas à cette norme, puisqu'elles impliquent l'établissement d'échelles salariales totalement distinctes suivant les catégories de personnel concernées. Qu'en est-il toutefois des clauses temporaires, qui visent à retarder par diverses techniques la progression dans l'échelle salariale ? Formellement, une fois intégrées à la convention collective, ces clauses à effet temporaire revêtent un aspect davantage neutre : par exemple, une échelle salariale comportant dorénavant deux ou trois échelons supplémentaires aux niveaux inférieurs, paraît à priori, puisqu'elle s'applique théoriquement à tous, reposer sur un critère « commun à l'ensemble du personnel », soit l'ancienneté ou la durée du service.

Il importe cependant de tenir compte ici de ce que le second alinéa de l'article 19, représentant une exception au principe de non-discrimination, doit être interprété de manière restrictive. Tel que l'a souligné la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Commission des droits de la personne du Québec c. Ville de Brossard*, « ...les exceptions relatives aux exigences professionnelles réelles, que l'on trouve dans les lois en matière de droits de la personne, doivent, en principe, s'interpréter restrictivement puisqu'elles suppriment des droits qui autrement recevraient une interprétation libérale »⁴⁰. Par ailleurs, la jurisprudence insiste généralement, en matière d'exceptions au principe de non-discrimination, sur l'importance d'une appréciation de la portée de telles exceptions qui soit fonction d'un critère *objectif*. Par exemple, au regard des exceptions prévues par l'article 20 de la Charte, un lien rationnel objectif doit exister entre les qualités ou aptitudes requises et la nature de l'emploi⁴¹, de même, une justification objective doit pouvoir être démontrée, reliant une distinction, exclusion ou préférence à la nature charitable, religieuse, etc. d'une association sans but lucratif⁴².

Par conséquent, nous sommes d'avis qu'en ce qui concerne l'article 19 de la Charte, un lien rationnel et objectif doit exister entre une différence de traitement ou de salaire et les critères de l'expérience, de l'ancienneté, de la durée du service, etc. En outre, l'expression « critères communs à tous les membres du personnel » ne peut faire l'objet d'une interprétation purement formelle, mais plutôt d'une interprétation liée au contexte, tenant compte de la finalité poursuivie au moment de l'introduction de la norme créant une différence de traitement ou de salaire. Ainsi, il sera fort difficile à l'employeur ou au syndicat de prétendre qu'une clause « temporaire » établissant un double palier de rémunération représente néanmoins une disposition de portée générale, alors que le contexte démontre à l'évidence la volonté des parties *de ne plus fonder la politique salariale sur des critères communs à l'ensemble du personnel*, fussent-ils liés à l'ancienneté ou à la durée du service.

Remarquons par ailleurs qu'hormis l'article 19, certaines clauses dites « orphelins » peuvent mettre en cause d'autres dispositions de la Charte, notamment l'article 16, à l'effet suivant :

Nul ne peut exercer de discrimination dans l'embauche, l'apprentissage, la durée de la période de probation, la formation professionnelle, la promotion,

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

41. *Ibid.*

42. *Association ADGQ c. Commission des écoles catholiques de Montréal*, [1980] C.S. 93.

la mutation, le déplacement, la mise à pied, la suspension, le renvoi ou les conditions de travail d'une personne ainsi que dans l'établissement de catégories ou de classifications d'emploi.

Si l'employeur et, le cas échéant, le syndicat s'entendent pour allonger la période de probation des nouveaux salariés, cette pratique a bien sûr des incidences salariales, mais constitue une mesure discriminatoire contraire à l'article 16 de la Charte, dans l'hypothèse où la présence des autres éléments constitutifs de la discrimination a été au préalable démontrée. Par ailleurs, une convention collective qui accorderait un statut de temporaire à tout nouveau salarié, alors qu'auparavant les nouveaux salariés (par exemple les pompiers d'une municipalité) occupaient des emplois conduisant à la permanence, pourrait entrer en conflit avec l'article 16, lequel interdit la discrimination dans l'établissement de catégories d'emploi⁴³.

Portée de l'article 20 de la Charte

Du point de vue du droit applicable, il nous faut traiter en dernier lieu de la pertinence pour l'employeur ou pour le syndicat d'invoquer, comme moyen de défense en matière de discrimination, la disposition d'exception prévue en l'article 20 de la Charte : « Une distinction, exclusion ou préférence fondée sur les qualités requises par un emploi... est réputée non discriminatoire ». Suivant la jurisprudence⁴⁴, celui qui invoque cette exception doit démontrer : (a) que l'objectif poursuivi en établissant une mesure a priori discriminatoire — par exemple un allongement de la période de probation ayant un effet préjudiciable sur les plus jeunes salariés — est rationnel, i.e. qu'il y a adéquation entre la règle en cause et les exigences concrètes de l'emploi ; (b) que l'exigence d'emploi est proportionnelle à l'objectif visé, i.e. qu'elle n'impose pas un fardeau excessif aux personnes concernées (i.e. qu'il n'existe pas de solution de rechange non discriminatoire). Comme nous l'avons vu, au titre des arrêts *Meiorin* et *Grismer*,

43. Dans la décision *Commission des droits de la personne du Québec c. La Ferme de la Poulette grise*, [1982] 3 C.H.R.R. D/702 (C.P.), le tribunal a conclu qu'une différence de traitement entre des employés permanents et des étudiants embauchés sur une base temporaire n'était pas discriminatoire, quoique le travail effectué fut similaire. *Cette décision n'a rien à voir avec l'hypothèse que nous évoquons ici*, qui est celle de la précarisation systématique du statut d'emploi des nouveaux salariés, leur déniant ainsi l'accès à la permanence qui, auparavant, était le cheminement normal pour le type d'emploi exercé.

44. Voir *Commission ontarienne des droits de la personne c. Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202. *Ville de Brossard c. Québec*, [1988] 2 R.C.S. 279. *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta Human Rights Commission*, [1990] 2 R.C.S. 489.

l'examen des solutions de rechange possibles doit être considéré au regard de l'obligation d'accommodement, sans contrainte excessive.

Dans l'étude du CRSMT de 1992, l'on trouve, sur la base d'une synthèse des études américaines sur ce sujet, un exposé de motifs invoqués par les employeurs et par les syndicats à l'appui de l'introduction des clauses « orphelins » dans les conventions collectives. Ainsi, les employeurs invoquent surtout la nécessité de réduire ou de contrôler la croissance des coûts de la main-d'œuvre, et aussi l'objectif d'une correction de la structure salariale de l'entreprise, notamment afin de refléter plus fidèlement la courbe d'apprentissage de certains groupes de salariés, en graduant davantage les salaires selon l'expérience acquise. Lorsque c'est le syndicat qui propose l'adoption de telles clauses — en particulier pour faire face à des demandes de récupération salariale, l'on mettra de l'avant la nécessité de protéger les salaires pour les employés déjà en fonction ou de sauver des emplois.

En fait, la plupart de ces arguments ne sont pas recevables au regard de l'article 20 de la Charte, puisqu'ils ne présentent pas de lien direct avec les qualités et aptitudes requises par l'emploi. Seul l'argument qui vise à une corrélation plus adéquate entre la rémunération et l'expérience acquise paraît relever du domaine d'application de l'article 20 : il va sans dire qu'une preuve rigoureuse et objective sera exigée à cet égard, et il est probable que dans la plupart des cas l'examen du contexte des négociations établira qu'il s'agit plutôt d'une justification à posteriori, le véritable motif de l'introduction d'une clause à double palier tenant généralement à une volonté de contrôle ou de réduction de la masse salariale. C'est dire qu'en règle générale l'examen d'une éventuelle obligation d'accommodement (pour autant qu'il soit pertinent dans ce contexte) ne sera pas nécessaire, la justification de la pratique discriminatoire échouant aux étapes antérieures, i.e. celles visant à établir un rapport étroit entre la distinction, exclusion ou préférence et les qualités et aptitudes requises par l'emploi. C'est en ce sens que nous pouvons affirmer que le passage de la méthode conventionnelle à la méthode unifiée d'analyse de la discrimination dictée par les arrêts *Meiorin* et *Grismer* n'aura, en toute probabilité, guère d'impact sur les moyens de défense accessibles aux employeurs et, le cas échéant, aux syndicats signataires d'ententes comportant des clauses « orphelins ». Suivant les arrêts *Meiorin* et *Grismer*, le défendeur visant à établir le caractère justifié d'une pratique à priori discriminatoire, devra établir que la norme a été adoptée dans un but rationnellement lié aux fonctions exercées. Or, pour les raisons que nous venons d'énoncer, l'établissement d'un lien rationnel entre le but visé et les exigences de l'emploi ne pourra être démontré dans la plupart des cas.

***L'INTERACTION ENTRE LA CHARTE ET LA SECTION DE
LA LOI SUR LES NORMES DU TRAVAIL RELATIVE AUX
DISPARITÉS DE TRAITEMENT***

Si, dans nombre de cas, il est possible qu'un constat de discrimination contraire à l'article 10 de la Charte québécoise puisse être établi par les tribunaux — au premier chef le Tribunal des droits de la personne du Québec, il n'en reste pas moins que l'intervention de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse ne représente pas l'avenue la plus adéquate pour résoudre le problème des clauses « orphelins ». Cette intervention ne pourrait avoir en effet qu'une efficacité relative, ceci pour les raisons qui suivent. D'abord, parce que la complexité de la démarche d'enquête de la Commission risque de décourager les plaignants éventuels⁴⁵. En effet, une enquête de la Commission, comme nous l'avons précédemment observé, impliquerait obligatoirement une analyse statistique visant à établir un lien entre la distinction opérée en fonction de la date d'embauche et un motif interdit de discrimination (l'âge, par exemple). Même si une telle analyse n'atteint pas un niveau de complexité comparable à celui des enquêtes portant, au titre de l'article 19 de la Charte, sur *l'équivalence en emploi* (rémunération égale pour un travail équivalent), elle implique néanmoins une démarche méthodologique rigoureuse, nécessitant un investissement significatif en termes de ressources et de temps. Chaque cas étant par ailleurs un cas d'espèce, il est douteux qu'un règlement favorable obtenu dans un cas ait un effet d'entraînement significatif, produisant une révision des pratiques des employeurs et des syndicats, sauf quant à des situations fort similaires. On comprend dès lors l'importance du fardeau qui aurait été imposé à la Commission, si l'on avait attendu de sa seule intervention une éradication substantielle du phénomène des clauses « orphelins ».

D'autre part, les problèmes juridiques que soulève ce phénomène étant de droit nouveau, il est évident que l'interprétation de la Charte québécoise que défend la Commission à cet égard⁴⁶ sera fortement contestée par

45. Voir en ce sens Claude FILION, « Les clauses 'orphelins' : un enjeu pour les droits de la personne et pour la société québécoise », dans *Les enjeux des clauses « orphelin »*, Montréal, les Intouchables, 1999, p. 83.

46. Quant à l'interprétation défendue par la Commission, voir COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE, *Conformité avec la Charte des droits et libertés de la personne du projet de loi modifiant la Loi sur les normes du travail*, résolution COM-350-9.1.4 du 2 novembre 1990, p. 21-27. COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *La rémunération à double palier et les autres clauses dites « orphelins » dans les conventions collectives : conformité au principe de non-discrimination*, résolution COM-428-5.1.4 du 28 avril 1998. COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE

les organisations et institutions mises en cause⁴⁷, d'où des délais prévisibles importants, avant que la « juridicité » de la question relative au caractère discriminatoire ou non des clauses « orphelins » soit définitivement affirmée (ou, au contraire, infirmée).

C'est pourquoi il est apparu à nombre d'observateurs que seule l'intervention du législateur, par voie de modification à la *Loi sur les normes du travail*, demeurerait en mesure de remédier globalement à ce problème. C'est bien timidement, toutefois, que le gouvernement fit un premier pas en ce sens, avec le dépôt du projet de loi n° 67. La *Loi modifiant la Loi sur les normes du travail en matière de disparités de traitement*, telle qu'adoptée par l'Assemblée nationale le 17 décembre 1999, a éliminé certains aspects fort controversés du projet de loi, notamment la « clause crépusculaire » qui prévoyait une cessation d'effet de l'interdiction des clauses de disparités de traitement le 31 décembre 2004 ou à toute autre date déterminée par le gouvernement ; la période transitoire, d'une durée initiale de *trois ans* ; enfin, au niveau des recours, l'absence de considération quant au problème fondamental posé par l'article 102 de la *Loi sur les normes du travail*, lequel entraînait l'obligation, pour le salarié, d'épuiser les recours prévus à la convention collective ou au décret, avant de pouvoir porter plainte à la Commission des normes du travail. Ceci revenait, au regard des clauses dites « orphelins », à placer les salariés concernés — en grande partie de nouveaux arrivants ou des salariés ayant peu d'ancienneté — dans une situation délicate, d'autant que les parties à l'arbitrage sont l'employeur et le syndicat, ce qui peut conduire à des ententes qui ne répondent pas nécessairement aux attentes des plaignants, d'où d'inutiles pertes de temps et d'énergie⁴⁸. Le nouvel article 102 remédie à cette situation, en attribuant au salarié le droit d'opter, soit pour la procédure de grief et d'arbitrage, soit pour le dépôt immédiat d'une plainte à la Commission des normes. Quant aux périodes transitoires, elles ont été ramenées à des délais plus raisonnables, liées à la date d'entrée en vigueur des nouvelles conventions collectives.

Il n'en reste pas moins que la section VII.I (« Disparités de traitement ») de la *Loi sur les normes du travail* demeure fidèle à l'orientation

ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Mémoire à la Commission de l'économie et du travail sur la rémunération à double palier et les autres clauses dites « orphelins » dans les conventions collectives*, résolution COM-431-3.2 du 17 août 1998.

47. Voir, pour une analyse juridique contraire à celle développée ici, Manon SAVARD, « Perspectives patronales », dans *L'équité entre générations et les clauses « orphelins » : des droits à défendre*, Actes du Forum « Droits et libertés », Montréal, CDPDJ, 1999, p. 33 et s.

48. Voir, à titre d'illustration, *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Carole Carrier et al.) c. Résidences Laurendeau, Légaré, Louvain*, TDPQ, n° 500-53-000105-989, 09/06/1999, j. Michèle Rivet.

fondamentale du projet de loi n° 67, qui visait à rendre illicites les clauses « orphelins » *permanentes* (les doubles ou les triples échelles de rémunération, par exemple), et non les clauses *temporaires*, qui se traduisent notamment par l'ajout d'échelons inférieurs. Cette orientation est maintenue, dans la *Loi modifiant la Loi sur les normes du travail en matière de disparités de traitement*, la seule réserve étant que les écarts « doivent se résorber progressivement, à l'intérieur d'un délai raisonnable ».

Ce résultat est obtenu par effet du second alinéa — lequel n'est pas, à prime abord, d'une signification très limpide — de l'article 87.3 de la *Loi sur les normes du travail*⁴⁹. Cet alinéa a implicitement pour effet de valider les clauses « temporaires » de disparité de traitement, lesquelles peuvent pourtant, en pratique, conduire à des situations tout aussi abusives que les clauses permanentes, seules visées par le projet de loi. Rappelons à cet égard que le ministère du Travail, dans son document *Vers une équité intergénérationnelle*⁵⁰, affirmait qu'une interdiction visant uniquement les clauses à effet permanent serait facile à contourner : « si l'on reprend l'exemple d'une interdiction visant les clauses ayant un effet permanent, il serait possible, entre autres, de la contourner en allongeant de façon excessive la période permettant aux nouveaux salariés d'atteindre les mêmes conditions de travail que les anciens ou en reportant indéfiniment cette étape de convention en convention ».

Tel que formulé, l'article 87.3 ne peut que conduire à des situations abusives. En effet, la modification de l'amplitude de l'échelle salariale (par exemple, par l'ajout de x échelons inférieurs) constitue précisément l'un des moyens utilisés pour introduire des clauses orphelins « temporaires ». L'abandon du taux unique de salaire peut également conduire au même résultat. Certes, garantir la flexibilité de la politique de rémunération dans les entreprises (qui peut exiger dans certains cas, par exemple, un abandon de la rémunération à taux unique) représente un objectif légitime. En aucune manière cependant une telle flexibilité ne devrait avoir pour effet

49. Article 87.3, second alinéa :

« De même, ne sont pas pris en compte le salaire et les règles y afférentes qui sont temporairement appliqués à un salarié pour éviter qu'il soit désavantagé en raison de son intégration à un nouveau taux de salaire, à une échelle salariale dont l'amplitude a été modifiée ou à une nouvelle échelle, pourvu que :

1° ce taux de salaire ou cette échelle salariale soit établi pour être applicable, sous réserve des situations prévues au premier alinéa, à l'ensemble des salariés qui effectuent les mêmes tâches dans le même établissement ;

2° l'écart entre le salaire appliqué au salarié et le taux ou l'échelle établi pour être applicable à l'ensemble des salariés se résorbe progressivement, à l'intérieur d'un délai raisonnable ».

50. *Vers une équité intergénérationnelle. Document de réflexion sur les clauses « orphelins » dans les conventions collectives*, ministère du Travail, 11 juin 1998, p. 10.

de contourner, directement ou indirectement, la norme d'équité prévue à l'article 87.1.

La seule réserve, tel que mentionné, demeure l'exigence d'une « résorption progressive [des écarts] dans un délai raisonnable ». Ici le législateur ne pêche pas par excès de précision. Il faudra voir quelle portée les tribunaux de droit commun donneront à cette expression.

Cette réserve relative à la résorption des écarts n'est pas la seule zone d'ombre qui caractérise ces modifications à la *Loi sur les normes du travail*. Ainsi l'article 87.1 interdit l'octroi d'une condition de travail moins avantageuse, « uniquement en fonction de la date d'embauche » du salarié. Cette dernière expression apparaît malheureuse, parce qu'elle risque d'orienter le débat judiciaire, en cas de litige, vers la recherche de la cause unique, voire intentionnelle, de la distinction⁵¹. On sait pourtant qu'en contexte de discrimination, il suffit que l'une des causes d'une distinction repose sur un motif interdit, sans qu'il soit nécessaire de démontrer qu'il s'agit obligatoirement de la cause déterminante⁵².

Enfin, l'article 87.2 est à l'effet qu'une « condition de travail fondée sur l'ancienneté ou la durée du service n'est pas dérogoire à 87.1 » i.e., ne déroge pas à l'interdiction visant les clauses de disparités de traitement. Ces deux critères (l'ancienneté ou la durée du service) sont mentionnés au second alinéa de l'article 19 de la Charte. De tels critères constituent évidemment des motifs légitimes de distinction entre les salariés. Toutefois, l'article 87.2 de la *Loi sur les normes du travail* omet la mention essentielle contenue à l'article 19 de la Charte, à l'effet que *ces critères doivent être communs à l'ensemble du personnel*. Cette omission peut avoir des conséquences importantes, soit de favoriser une lecture trop large de la portée de l'*ancienneté* comme légitimant l'introduction de clauses créant des disparités de traitement.

Vu la présence de ces zones d'ombres dans la section VII.1 de la *Loi sur les normes du travail*, le domaine d'application de l'interdiction législative des clauses de disparités de traitement demeure en partie indéterminé. Ce qui paraît clair, par ailleurs, c'est que les clauses « orphelins » temporaires demeurent permises, sous réserve du standard flou d'une résorption des écarts dans un délai raisonnable. En outre, il demeure également évident, du fait que l'interdiction des clauses de disparité de traitement s'insère dans le régime général de la *Loi sur les normes du travail*, que certains salariés et certaines conditions de travail (telles les régimes de retraite et d'assurance ou l'établissement de catégories ou de classifications

51. Voir en ce sens l'intervention de Fernand Morin devant la Commission parlementaire de l'économie et du travail, le 21 septembre 1999.

52. Voir par exemple *Commission des droits de la personne du Québec c. Lessard, Beauceage, Lemieux inc.*, [1994] 19 C.H.R.R. D/441 (TDPQ).

d'emploi) ne sont pas visés par cette interdiction. Enfin, il faut tenir compte du fait que l'interdiction n'entrera en vigueur que progressivement (par exemple le 1^{er} janvier 2001 dans le cas d'un décret au sens de la *Loi sur les décrets de convention collective*⁵³).

Il résulte de tous ces éléments que la *Charte des droits et libertés de la personne*, dont la portée ne souffre pas de telles exceptions, sera susceptible d'offrir une voie de recours exclusive ou complémentaire, lorsque la plainte ne peut être reçue par la Commission des normes du travail ou lorsqu'il y a incertitude quant à l'issue de cette démarche, compte tenu de l'indétermination relative de l'interdiction des clauses de disparités de traitement. Trois réserves doivent cependant être mentionnées ici : en premier lieu, la Charte ne trouvera application que dans les cas (que l'on peut cependant estimer nombreux) où un lien significatif peut être tracé, sur une base statistique, entre la présence d'une clause dite « orphelin » et un critère de discrimination, tel l'âge. En second lieu, il ne peut être présumé que les tribunaux acceptent nécessairement l'interprétation étendue de la notion de discrimination qui est défendue dans le présent article ainsi que dans les prises de position de la Commission des droits relatives aux clauses dites « orphelins ». La recommandation de la Commission dans le dossier concernant l'absence d'avancement d'échelon dans l'enseignement pour l'année 1996–1997 (plaintes déposées par de jeunes enseignants de la CEQ)⁵⁴, étant donné le débat judiciaire qui s'annonce, devrait fournir au Tribunal des droits de la personne du Québec l'occasion de livrer de précieuses indications à ce sujet. En dernier lieu, s'il y a dépôt concomitant de plaintes à la Commission des normes et à la Commission des droits, celle-ci peut, suivant l'article 77, second paragraphe (4^e alinéa) de la Charte québécoise, refuser ou cesser d'agir en faveur de la victime, lorsque celle-ci « a exercé personnellement, pour les mêmes faits, un autre recours... ». Nous espérons pour notre part que la Commission des droits, en concordance avec les efforts très soutenus qu'elle a consentis au regard de la question des clauses dites « orphelins », ne fera usage d'une telle possibilité, le cas échéant, qu'avec grande parcimonie.

CONCLUSION : ÉQUITÉ INTERGÉNÉRATIONNELLE ET CITOYENNETÉ

En général, le projet de loi n° 67 a été accueilli sans aucun enthousiasme, tant par les milieux patronaux, satisfaits somme toute du *statu quo*, que par les groupes et institutions acquis à l'idée de l'équité

53. L.R.Q., c. D-2.

54. Voir Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 347^e séance du Comité des plaintes, Résolution CP-347.3, le 12 novembre 1999.

intergénérationnelle. En ce dernier cas, la déception provient de la grande timidité du projet de loi initial, lequel n'apparaissait aucunement en mesure d'atteindre concrètement les objectifs officiellement proclamés. Et il n'est pas du tout certain que même dans sa version remaniée, la *Loi modifiant la Loi sur les normes du travail en matière de disparités de traitement* soit davantage en état de réaliser pleinement ces objectifs.

Quoiqu'il en soit, la vivacité des réactions, du côté des groupes de jeunes en particulier, ne devrait en rien surprendre. En effet, si le problème des clauses orphelins a pris une telle importance et suscite des débats aussi passionnés, ce n'est pas un hasard, c'est que ce problème revêt *valeur de symbole* pour la société québécoise⁵⁵. Ce qui est en cause, au-delà du sujet même des clauses « orphelins », c'est toute la question de l'intégration des jeunes dans la société, de leur véritable reconnaissance comme citoyens à part entière⁵⁶.

Il est devenu courant, chez les sociologues et les théoriciens de la citoyenneté, de distinguer, en référence aux travaux de T.H. Marshall⁵⁷, entre trois composantes : la citoyenneté civile — fondée sur la reconnaissance des droits civils classiques, la citoyenneté politique, centrée sur les droits de participation à l'activité politique ; enfin la citoyenneté sociale, liée à la garantie des droits sociaux et de l'équité en milieu de travail. La citoyenneté sociale, qui demeure, suivant la conception de Marshall, une composante essentielle de la démocratie contemporaine, fut historiquement — et c'est toujours le cas aujourd'hui — le produit non seulement de l'activité étatique, mais aussi de l'activité autonome par rapport à l'État, des parties à la négociation collective dans les divers milieux de travail. Cette forme spécifique de citoyenneté, produit des luttes syndicales, Marshall la qualifie d'« *industrial citizenship* »⁵⁸. La notion fut transposée au contexte canadien des relations de travail par H.W. Arthurs, dans un

55. Voir en ce sens Jacques GRAND'MAISON, « Fond de scène sociologique, éthique et symbolique », dans *Les enjeux des clauses « orphelin »*, *op. cit.*, note 45, p. 27-54.

56. Voir CONSEIL PERMANENT DE LA JEUNESSE, « Pour l'accès des jeunes à une citoyenneté pleine et active », septembre 1999.

57. Voir T. H. MARSHALL, « Citizenship and Social Class », dans *Sociology at the Crossroads and other Essays*, Londres, Heinemann, 1963, p. 67-127. (L'étude de Marshall sur la citoyenneté fut réalisée en 1949.) Sur la conception de Marshall, voir Pierre BIRNBAUM, « Sur la citoyenneté », *L'Année sociologique*, vol. 46, n° 1, 1996, 57-85. Martin BULMER et Anthony M. REES, *Citizenship Today. The Contemporary Relevance of T.H. Marshall*, Londres, UCL Press, 1996.

58. T. H. MARSHALL, « Citizenship and Social Class », *loc. cit.*, note 57, p. 98 : « Trade unionism has, therefore, created a secondary system of industrial citizenship parallel with and supplementary to the system of political citizenship ».

article publié en 1967⁵⁹. Comme le précise l'auteur, la citoyenneté industrielle est un « employment-related system of entitlements which would protect workers against arbitrary treatment by their employer and against the vicissitudes of the economy, old age and illness »⁶⁰. On devrait ajouter que dans la perspective initiale de Marshall, la notion de citoyenneté est centrée sur le concept d'égalité — la citoyenneté entre à cet égard en conflit avec les principes structurant le système économique⁶¹ ; la citoyenneté industrielle, par conséquent, demeure également conditionnée, si l'on reprend cette analyse, par le concept d'égalité.

Il est manifeste que les transformations de l'économie entraînent un recul important de la citoyenneté industrielle et, plus généralement, de la dimension sociale de la citoyenneté⁶². C'est, en gros, le constat que fait Arthurs dans son article le plus récent sur la question, « The New Economy and the New Legality : Industrial Citizenship and the Future of Labour Arbitration »⁶³. Ce que l'auteur appelle *la nouvelle économie* se caractérise par la mondialisation, les changements technologiques, le mouvement de décentrage de l'État en tant qu'instance régulatoire et la crise de l'État social interventionniste. Sur le plan des rapports de travail, le paradigme fordiste traditionnel, dont l'une des caractéristiques est l'emploi permanent bénéficiant de la sécurité d'emploi, perd rapidement de sa capacité descriptive, vu le mouvement de précarisation du travail, le développement de l'emploi atypique, etc.⁶⁴.

L'émergence des clauses « orphelins » et autres disparités de traitement s'inscrit dans ce contexte de transformation des rapports de travail, lequel pèse lourdement, par ailleurs, sur la dynamique de la négociation collective. Celle-ci, qui a tant contribué par le passé (pour en revenir aux

59. H. W. ARTHURS, « Developping Industrial Citizenship : A Challenge for Canada's Second Century », (1967) 45 *R. du B. can* 786.

60. H. W. ARTHURS, « The New Economy and the New Legality : Industrial Citizenship and the Future of Labour Arbitration », 17 *C.L.E.L.J* 45–63.

61. T. H. MARSHALL, « Citizenship and Social Class », *loc. cit.*, note 57, p. 115.

62. Sur l'effritement de la citoyenneté sociale, voir Patrick HASSENTEUFEL, « L'État-Providence ou les métamorphoses de la citoyenneté », dans *L'Année sociologique*, vol. 46, n° 1, 1996, 127–149. Daniel BÉLAND et Randall A. HANSEN, « La question de la citoyenneté sociale au Royaume-Uni : vers une réflexion européenne ? », *Droit social*, n° 11 novembre 1998, 1–9.

63. *Loc. cit.*, *supra*, note 60.

64. Voir H. W. ARTHURS, « Labour Law without the State ? », (1996) 46 *University of Toronto Law Journal* 1–45, p. 11 et s. Voir également Pierre VERGE et Guylaine VALLÉE, *Un droit du travail ? Essai sur la spécificité du droit du travail*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 171 et s. Lucie France DAGENAIS, *Travail éclaté : protection sociale et égalité*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998.

grandes catégories de l'analyse de Marshall) à l'émergence d'une authentique citoyenneté sociale au Canada et au Québec, risque parfois — nous le voyons avec les clauses « orphelins » — de devenir un facteur, sinon d'exclusion, du moins de limitation de l'accès des jeunes à une citoyenneté pleine et entière, laquelle, d'un point de vue sociologique, ne peut être conçue comme la résultante de la seule activité étatique. Bien sûr, ce facteur doit être lu dans son contexte, celui des transformations structurelles de l'économie et de la mondialisation. Il ne s'agit pas d'occulter ici le fait que la liberté de négociation collective, sous la pression d'éléments économiques, mais aussi politiques et idéologiques — d'inspiration néolibérale — se voit régulièrement érodée.

Par ailleurs, l'État a certes l'obligation, s'il veut agir en concordance avec la *Charte des droits et libertés de la personne*, d'intervenir de manière conséquente pour éradiquer les clauses « orphelins » et manifester, à cet égard, sa volonté de contribuer à une pleine intégration des jeunes à la société québécoise. Toutefois, l'intervention de l'État, en particulier dans le contexte actuel marqué par la crise de l'État social, ne peut se révéler effective, que si les parties à la négociation collective, au premier chef les employeurs, mais aussi les organisations syndicales qui demeurent porteuses du projet d'une citoyenneté sociale, adhèrent sans réserve au principe de l'équité entre les générations.

SUMMARY

Two-Tier Wage Agreements and the Charter of Human Rights and Freedoms

Two-tier wage agreements and various « grandfather » clauses were introduced in Quebec in the mid-1980s. In recent years, a vigorous debate has arisen about the legality of such clauses. A significant part of the debate has focused on the discriminatory nature of two-tier wage plans as considered under the Quebec Human Rights Charter. Opponents of two-tier wage plans, such as youth organizations and the Human Rights Commission itself, argued that such agreements could be discriminatory, primarily on the basis of age. Only an amendment to the Act respecting Labour Standards making two-tier wage agreements illegal, argued the opponents of two-tier wage plans, could address this problem. Despite strong opposition from employers' associations, the National Assembly finally amended this Act in December 1999.

But changes to the Act respecting Labour Standards can only be viewed as a partial response to the problems raised by two-tier wage plans. The new chapter VII.1 only makes illegal those plans that are permanent in nature (i.e. collective agreements with two scales of wages for the same work, depending on the date of hiring). Despite the lack of clarity of article 87.3, the intended effect is to deny any remedy against temporary two-tier wage agreements, where the progression of workers with little or no seniority towards wage parity is delayed by different means. The only reservation is that the temporary inequality should be gradually abolished, in a « reasonable time ».

Chapter VII.1 of the Act respecting Labour Standards does not affect many of the inequalities produced by two-tier wage plans. There remains some scope for the application of the Human Rights Charter, when discriminatory effects, on the basis of age or other grounds, can be statistically proven. In the first part of this article, the author examines the concept of discrimination in the Quebec Charter of Rights, taking into account the recent decisions of the Supreme Court of Canada in the *Meiorin* and *Grismer* cases, and applies it to the analysis of discriminatory situations in the context of two-tier wage agreements. The exceptions to the notion of discrimination in the Quebec Charter are then examined. The author concludes that these offer scant defence against complaints of discrimination on this count. In the third part of the article, the jurisdictions of the Quebec Human Rights Commission and the Commission des normes du travail, which will enforce chapter VII.1, are analysed with regard to complaints about two-tier wage plans and other « grandfather » clauses. It is argued that the Human Rights Commission, which played a significant part in the debate on two-tier wage agreements, should continue to play an active role and accept complaints as long as the scope of chapter VII.1 is not defined more precisely by the courts.

The social and political implications of the debate will probably bear strongly on the legal discussion of the rules involved. In essence, at the symbolic level, two-tier wage plans gave rise to public controversy in Quebec because they raised the larger question of the integration of youth as full citizens. This analysis is made with reference to the concept of *industrial citizenship*, first advanced by T.H. Marshall in England and translated in the Canadian labour context by H.W. Arthurs.