

Cat. 2.120-13.7.2

**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**

Août 1998

**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**

**Adopté par la Commission en séance spéciale
le 17 août 1998
(résolution COM-431-3.2)**

Recherche et rédaction :

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

Traitement de texte :

Chantal Légaré (Direction de la recherche et de la planification)

TABLE DES MATIÈRES

I	LA RÉMUNÉRATION À DOUBLE PALIER EN CONTEXTE QUÉBÉCOIS	2
II	LA PORTÉE DU PRINCIPE DE NON-DISCRIMINATION	5
III	OBSERVATIONS DE LA COMMISSION RELATIVES À LA POSITION DU MINISTÈRE DU TRAVAIL	13
	CONCLUSION	19

1. La Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec a déjà pris position sur la conformité à la *Charte des droits et libertés de la personne*¹, de la rémunération à double palier (clauses dites « orphelins ») dans les conventions collectives². La formulation de telles clauses, remarquait la Commission, ne met pas directement en cause l'un ou l'autre des critères visés à l'article 10 de la Charte. Toutefois, la rémunération à double palier pourrait produire des effets indirectement discriminatoires, en particulier quant aux personnes qui intègrent le marché du travail, notamment les jeunes, les femmes et les immigrants. La Commission, faisant en outre un certain nombre de distinctions au regard de l'exception prévue à l'article 19, deuxième alinéa, de la Charte, recommandait que la *Loi sur les normes du travail*³ soit modifiée, de manière à ce que les clauses dites « orphelins » soient réputées discriminatoires, « sous réserve de l'article 19 de la Charte ».

2. Cette recommandation de la Commission s'insérait dans le cadre d'une étude plus large, portant sur un projet de loi modifiant la *Loi sur les normes du travail*. Plus récemment, il est apparu nécessaire à la Commission, tenant compte notamment du grand nombre de clauses à double palier qui auraient été insérées dans les conventions collectives suite aux récentes négociations dans le secteur municipal⁴, de prendre position de manière spécifique, par rapport à cette seule question. En conséquence, la Commission adoptait, en avril dernier, un avis intitulé *La rémunération à double palier et les autres clauses dites « orphelins » dans les conventions collectives : conformité au principe de non-discrimination*.⁵ Le présent

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

2 Cf. *Conformité avec la Charte des droits et libertés de la personne du projet de loi : modifiant la Loi sur les normes du travail*, Commission des droits de la personne du Québec, le 2 novembre 1990, COM-350-9.1.4 (document rédigé par M^e Maurice Drapeau). Voir les pages 20 à 26.

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

4 Cf. *infra*, paragr. 7.

5 428e séance de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, le 24 avril 1998, résolution COM-428-5.1.4

Mémoire reprend les grandes lignes de la position déjà adoptée par la Commission, tout en précisant certains aspects de cette position, en regard du Document du Ministère du Travail (*Vers une équité intergénérationnelle*)⁶ rendu public le 11 juin 1998, aux fins des audiences publiques que tient la Commission de l'économie et du travail sur ce sujet.

I LA RÉMUNÉRATION À DOUBLE PALIER EN CONTEXTE QUÉBÉCOIS

3. Avant de procéder à l'analyse proprement juridique de la question des clauses dites « orphelins », il importe d'en examiner brièvement la dimension socio-économique. Sans prétendre à une étude exhaustive du phénomène, nous prendrons appui sur les recherches conduites par le CRSMT (Centre de recherche et de statistiques sur le marché du travail –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 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*. Nous référerons enfin à la récente analyse «Les clauses orphelins dans le secteur municipal», préparée par M. Rock Beaudet pour le compte du groupe

6 *Vers une équité intergénérationnelle*, Document de réflexion sur les clauses « orphelin » dans les conventions collectives, Ministère du Travail, Gouvernement du Québec, le 11 juin 1998.

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

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.

*Le pont entre les générations*¹⁰.

4. 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'employeur »¹¹. 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, tels 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.

5. 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'oeuvre 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

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

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

12 *Ibid.*, p. 10.

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

deux types fondamentaux de clause à double palier : la clause à effet permanent, qui n'autorise jamais les nouveaux salariés à rejoindre la structure de progression des salariés plus anciens; la clause à effet temporaire, qui permet aux nouveaux salariés d'atteindre éventuellement le plafond salarial le plus avantageux. Ces clauses à effet temporaire peuvent revêtir des formes très variées : par exemple, un ajout d'échelons inférieurs pour les nouveaux salariés ou une progression plus lente dans l'échelle salariale. Dans son étude antérieure de 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.

6. 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%)¹⁵. Il

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

15. S'il y a corroboration quant aux secteurs d'activité, les chiffres tendraient cependant à indiquer une baisse importante de l'incidence de clauses orphelins. Des différences méthodologiques expliquent peut-être ces résultats. L'étude de 1998 de la Direction de l'analyse des conditions de travail et de la rémunération s'est basée strictement sur les résumés publiés des ententes négociées dans *Le Marché du Travail* entre janvier 1991 et mai 1998, alors que l'étude de 1992 du CRSMT s'est fondée sur le « I.C.T.S.N. », un fichier informatisé du Ministère du Travail renfermant des informations sur les clauses salariales

semblerait par ailleurs que ce dernier taux soit appelé à croître de manière notable, suite aux récentes négociations dans le secteur municipal.

7. 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 soixante 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... »¹⁶. L'on remarquera toutefois que cette étude fait usage d'une définition beaucoup plus large (par comparaison avec celle retenue par le CRSMT) des clauses dites « orphelins », 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 est très partielle, et le taux vise par ailleurs un certain nombre de municipalités à l'intérieur d'un univers de référence très restreint, et non une proportion précise de conventions collectives sur la base d'une recherche suffisamment exhaustive. À tout événement, la rémunération à double palier et ses dérivés constitue un phénomène suffisamment persistant au Québec, soulevant par ailleurs de nombreux doutes quant à sa légalité, pour justifier un examen attentif de 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*.

II LA PORTÉE DU PRINCIPE DE NON-DISCRIMINATION

des conventions collectives.

16 Rock R. BEAUDET, *Les clauses « orphelins » dans le secteur municipal*, op. cit., p. 7.

8. Pour qu'il y ait discrimination au sens de la Charte, trois éléments doivent être présents : une distinction, exclusion ou préférence, fondée sur l'un des critères interdits énoncés à l'article 10 et ayant pour effet de détruire ou de compromettre le droit à l'égalité¹⁷. Lorsque l'on considère les clauses de rémunération à double palier et autres dispositions des conventions collectives opérant une distinction entre les nouveaux salariés et les salariés déjà en place, il est manifeste qu'une telle distinction ne peut se rattacher directement à l'un des critères énoncés à l'article 10¹⁸. 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 »¹⁹.

9. En l'occurrence, le fait pour l'employeur et pour le syndicat d'introduire dans la convention collective une norme établissant un double palier de rémunération (ou toute autre mesure comportant un désavantage pour les nouveaux salariés) peut entraîner, de l'avis de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, des situations discriminatoires, au premier chef sur la base de l'âge.

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

18 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, est 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. Cf. Malcolm H. LIGGETT, « The Two-Tiered Labor-Management Agreement and the Duty of Fair Representation », (1987) *Labor Law Journal* 236-242.

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

Dans de tels cas, une preuve statistique²⁰ s'avérera indispensable. Cette preuve, qui peut se révéler dans certains cas assez exigeante et onéreuse sur le plan technique²¹, 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'oeuvre 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 intermittent des emplois détenus par ce segment de la population²²; 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 »²³.

10. D'autre part, dans la décision *Commission des droits de la personne du Québec c. Ministère de la Justice du Québec*²⁴, la juge Michèle Rivet reconnaît, en obiter, que des situations de discrimination indirecte peuvent se produire en regard

20 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.

21 *Ibid.*, p. 88.

22 V. 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.

23 Johanne PES, Anne-Marie BLANCHET, « La rémunération à double ou à multiples paliers dans les conventions collectives en vigueur au Québec », *loc.cit.*, p. 86.

24 D.T.E. 96T-133 (T.D.P.Q.).

du critère de l'âge²⁵. Le caractère indirectement discriminatoire d'une mesure, au regard de l'âge, constitue par ailleurs le fondement explicite d'un arrêt récent de la Cour d'appel²⁶. En droit américain, plusieurs décisions font état de telles situations de discrimination indirecte, en matière d'emploi²⁷. 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 décision²⁸.

11. Par ailleurs, dans les secteurs d'activité où se produit une recomposition de la main-d'oeuvre (avec présence accrue des femmes et des minorités ethniques ou nationales), il est possible que l'introduction de la rémunération à double palier (et autres mesures similaires) ait un effet négatif disproportionné sur les femmes²⁹ et

25 « 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 ».

26 *Desroches c. Commission des droits de la personne*, C.A.M. 500-09-001272-921, 28 avril 1997.

27 Outre *Geller c. Markham* (cf. infra), v. *Haskins c. Secretary of Health and Human Services*, 35 FEP Cases 257 (DC Mo, 1984). *Leftwich c. Harris-Stowe State College*, 29 FEP Cases 71 (DC Mo, 1982).

28 451 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 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*). Cf. *Age Discrimination in Employment Act*, 29 U.S.C. 621, tel qu'amendé, article 12(d). 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 », *op.cit. supra*.

29 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

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, et gardant à l'esprit les remarques ci-haut quant au fait qu'une telle preuve peut taxer les ressources des divers intervenants impliqués, 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.

12. 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, d'une nature indirecte, 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, la rémunération à double palier (de même que les autres mesures similaires visant à désavantager les nouveaux salariés) est susceptible, dans la mesure où elle se rattache 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*.

de la double échelle », *loc. cit. supra.*, p. 50n.).

Les exceptions au principe de non-discrimination :
L'article 19, 2^e alinéa, de la Charte

13. 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 établissant un double palier de rémunération. 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.

14. 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.

15. 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 ».³⁰ 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'emploi;³¹ 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 lucratif.³²

16. 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

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

31 Décision *Ville de Brossard*, précitée.

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

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.

Portée de l'article 16 de la Charte

17. 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, 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'emploi.³³

33 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 déniaient ainsi l'accès à la permanence qui, auparavant, était le cheminement normal pour le type d'emploi exercé.

Portée de l'article 20 de la Charte

18. 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 jurisprudence,³⁴ 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).

19. 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 à double palier dans les conventions collectives. Ainsi, les employeurs invoquent surtout la nécessité de réduire ou de contrôler la croissance des coûts de la main-d'oeuvre, 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.

34 V. *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*

20. 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 a 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.

III OBSERVATIONS DE LA COMMISSION RELATIVES À LA POSITION DU MINISTÈRE DU TRAVAIL

21. Dans son avis du 24 avril 1998, la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, sur la base des éléments qui précèdent, concluait en :

1. Estimant que :

- a) dans nombre de cas où des conventions collectives comportent un double palier de rémunération ou d'autres clauses dites « orphelins » désavantageant systématiquement les nouveaux salariés, des situations de discrimination indirecte liées au critère de l'âge seront fréquemment relevées, preuve statistique à l'appui.
- b) dans certains cas, de telles dispositions des conventions collectives, toujours sur la base d'une analyse statistique, peuvent être indirectement discriminatoires à l'endroit des femmes et des salariés membres de minorités ethniques ou nationales.

Human Rights Commission, [1990] 2 R.C.S 489.

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

22. Or dans son document de réflexion du 11 juin 1998 (« Vers une équité intergénérationnelle »), le Ministère du Travail en vient à des conclusions nettement divergentes et s'oppose en particulier à toute intervention législative en ce domaine. La Commission ne peut qu'exprimer son désaccord à ce sujet, puisqu'elle estime au contraire qu'une modification de la législation du travail est nécessaire à l'atteinte de l'objectif d'une équité intergénérationnelle, auquel le Ministère du Travail adhère par ailleurs. Au soutien de sa recommandation à l'effet de ne pas intervenir par voie législative, le *Document de réflexion sur les clauses « orphelins » dans les conventions collectives* avance plusieurs arguments, qui portent notamment sur les aspects suivants: le caractère bénéfique, pour certains représentants patronaux et syndicaux, des clauses « orphelins », la légitimité de la protection des droits acquis des salariés, enfin l'absence de vide juridique du fait de la portée de la *Charte des droits et libertés de la personne*. Avant d'examiner la recommandation qu'énonce le Ministère du Travail en fonction de ces arguments, soit la conclusion d'un « pacte social » sur cette question, nous allons reprendre ces divers éléments pour en apprécier le bien-fondé.

23. *Le caractère bénéfique des clauses orphelins.* Tout en soulignant au point de départ que les clauses « orphelins » peuvent être source de frustration et de tension au sein de l'entreprise en minant notamment la solidarité syndicale, le Document de réflexion s'attarde beaucoup plus longuement sur les effets bénéfiques de ces dispositions, tels que perçus par certains représentants patronaux et syndicaux. Les clauses « orphelins » permettraient en effet de favoriser

la restructuration de la politique de rémunération de l'entreprise, tout en autorisant la création d'emplois et en évitant la croissance des emplois précaires. Sans endosser cette analyse comme telle, le Ministère du Travail indique qu'il s'agit là d'une recherche de solutions novatrices de la part des parties et qu'à cet égard « la latitude qu'ont les parties d'expérimenter de nouvelles approches a généralement un effet bénéfique sur l'évolution des relations de travail ».³⁵ Cette position paraît cohérente avec la recommandation – sur laquelle nous reviendrons – du Document du Ministère de rechercher un « pacte social » plutôt que de procéder par intervention législative, ce choix s'appuyant sur le respect du principe de la « liberté contractuelle » en matière de relations de travail. Il n'en reste pas moins que le Document tend à minimiser les effets négatifs des clauses de rémunération à double palier, effets mis en lumière par un certain nombre d'études américaines en particulier et soulignés également dans l'analyse de 1992 du CRSMT.³⁶ Ces études insistent fréquemment sur les répercussions négatives – à moyen terme – sur le moral et la productivité des salariés, et sur les divisions créées au sein des unités syndicales, à mesure en particulier que croît la présence des nouveaux salariés.³⁷ Ceci serait particulièrement le cas lorsqu'il y a mise en place de clauses à effets permanents.³⁸ Rien ne permet de croire, à notre avis, que la situation serait différente au Québec. D'ailleurs, comme le remarque avec justesse le Ministère du Travail, « même si l'introduction de telles clauses orphelins est perçue, par certains groupes, comme

35 *Vers une équité intergénérationnelle*, Document de réflexion sur les clauses « orphelin » dans les conventions collectives, *op. cit.*, p. 5.

36 Yves TURCOT, « La rémunération à double palier dans les conventions collectives au Québec. Évolution de la situation entre 1985 et 1990 », *loc. cit.*, p. 10 et s.

37 Voir Raymond T. LEE, James E. MARTIN, « When a Gain Comes at a Price : Pay Attitudes after Changing Tier Status », *Industrial Relations*, Vol. 35, n° 2, 1996, p. 218-226. Marvin J. LEVINE, « The Evolution of Two-Tier Wage Agreements : Bane or Panacea in Labor-Intensive Industries », *loc. cit.*, p. 15 et s. Peter CAPELLI, Peter D. SHERER, « Assessing Worker Attitudes under a Two-Tier Wage Plan », *Industrial and Labor Relations Review*, vol. 43, n° 2, 1990, p. 225-244. David J. WALSH, « Accounting for the Proliferation of Two-Tier Wage Settlements in the U.S. Airline Industry, 1983-1986 », *loc. cit.*, p. 50 et s.

38 Peter CAPELLI, Peter D. SHERER, « Assessing Worker Attitudes under a Two-Tier Wage Plan », *Industrial and Labor Relations Review*, Vol. 43, n° 2, 1990, p. 225-244.

avantageuse, tant pour les syndicats que pour les syndiqués déjà à l'emploi d'une entreprise, *cette perception n'est pas nécessairement juste* ».³⁹

24. *La légitimité d'une protection des droits acquis des salariés.* À cet égard, le Ministère du Travail observe que « s'il paraît normal de la part des nouveaux salariés de réclamer un même traitement pour un travail semblable..., il peut paraître aussi légitime, de la part des syndicats, de vouloir sauvegarder les droits acquis par les salariés qui sont déjà à l'emploi d'une entreprise ».⁴⁰ Cette préoccupation pour la protection des droits acquis des salariés est assurément tout à fait fondée, mais elle ne doit pas mener à des ententes qui méconnaîtraient le caractère d'ordre public de la Charte. Si une clause « orphelin » entraîne des effets indirectement discriminatoires, la Charte, vu sa nature quasi constitutionnelle, doit recevoir préséance sur toute disposition contraire d'une convention collective.⁴¹ Il ne faut pas, d'ailleurs, établir d'automatisme entre la mise à l'écart des clauses « orphelins » (qui, par hypothèse, engendreraient des effets discriminatoires) dans une entreprise donnée et le retrait de droits acquis par les salariés lors de négociations antérieures. Compte tenu du contexte des négociations, il est possible pour les organisations de travailleurs de rechercher toute solution de compromis avec l'employeur, sans que celle-ci doive par nécessité se réaliser au détriment des futurs employés de l'entreprise.

25. *L'absence de vide juridique du fait de la portée de la Charte des droits et libertés de la personne.* Le Document du Ministère du Travail invoque également, ce qui paraît sous-tendre sa volonté de ne pas intervenir par voie législative, le fait que la situation des clauses orphelins n'est pas entièrement dépourvue d'un cadre

39 *Vers une équité intergénérationnelle*, Document de réflexion sur les clauses « orphelin » dans les conventions collectives, *op. cit.*, p. 6.

40 *Ibid.*

41 *Insurance Corp. of B.C. c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145. *Dickason c. Université de l'Alberta*, [1992] 2 R.C.S. 1103. *Bergevin c. Commission scolaire régionale de Chambly*, [1994] 2 R.C.S. 525. *Newfoundland Association of Public Employees c. Terre-Neuve*, [1996] 2 R.C.S. 3.

normatif, en ce sens qu'il faut tenir compte des dispositions de la *Charte des droits et libertés de la personne*. Remarquons au passage que le document ne présente pas de manière adéquate la position de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse sur le sujet des clauses orphelins. Suivant le Ministère, « certains, dont la Commission... sont d'avis que les clauses “orphelin” constituent une forme de discrimination indirecte fondée sur l'âge. (...) Toutefois, on ne peut conclure d'emblée que toute clause “orphelin” constitue réellement une forme de discrimination indirecte ».⁴² Tel qu'il ressort à l'évidence (cf. paragr. 8 et s.), telle n'est pas la position de la Commission, puisque dans tous les cas la discrimination doit être prouvée, sur la base d'éléments statistiques concluants, le cas échéant. Dans certains cas, une telle preuve se révélera impossible : il en serait ainsi, quant au critère de l'âge, dans l'hypothèse qu'évoque le Ministère du Travail, soit l'embauche de nouveaux salariés relativement âgés. Dans la plupart des cas toutefois, on peut raisonnablement prévoir, comme l'a fait le CRSMT dans son étude de 1982,⁴³ que les jeunes seront les plus touchés par les clauses orphelins.

26. Par ailleurs, l'étude du Ministère du Travail doute que les tribunaux québécois soient enclins à reconnaître la discrimination indirecte au regard du critère de l'âge. Sur ce point, il convient de faire remarquer, toutefois, que nos tribunaux étendent graduellement l'application de cette notion à d'autres critères que ceux auxquels elle s'est d'abord historiquement rattachée. En regard du critère de l'âge proprement dit, l'application de la notion de discrimination indirecte, comme nous l'avons signalé plus haut, a été évoquée par le Tribunal des droits de la personne⁴⁴ et explicitement reconnue par la Cour d'appel.⁴⁵ La Commission est donc loin de partager les doutes du ministère sur ce point. Par ailleurs, il va sans dire

42 *Vers une équité intergénérationnelle*, Document de réflexion sur les clauses « orphelin » dans les conventions collectives, *op. cit.*, p. 5.

43 Cf. *supra.*, note 24.

44 C.D.P.Q. c. *Ministère de la Justice*, précité (note 24).

45 *Desroches c. C.D.P.Q.*, précité (note 26).

que l'interprétation de l'article 19, alinéa 2 de la Charte pose de réelles difficultés, en l'absence de jurisprudence spécifique. Cependant, nous sommes d'avis que les choses se présentent de manière plus complexe que ne le laisse entendre l'étude du Ministère du Travail; l'article 19, alinéa 2, lequel doit faire l'objet d'une interprétation restrictive puisqu'il crée des exceptions à la notion de discrimination, exige que les critères (tels l'ancienneté) soient communs à l'ensemble du personnel, une exigence que les clauses de rémunération à double palier – à tout le moins les clauses à effet permanent – ne rencontrent manifestement pas.

27. L'étude *Vers une équité intergénérationnelle?* procède ensuite à l'examen des solutions possibles pour atteindre une équité entre les nouveaux et anciens salariés. Trois avenues sont prises en considération : la conclusion d'un « pacte social », une interdiction globale des clauses « orphelins », une interdiction partielle. Le pacte social apparaît dans le document comme la solution la plus avantageuse; ce pacte aurait pour finalité d'*engager* « tous les représentants syndicaux et patronaux concernés, y compris le gouvernement, à prendre les mesures nécessaires pour atteindre une équité entre les nouveaux et les anciens salariés ».⁴⁶ Pour le Ministère du Travail, cette solution présente l'avantage de respecter le principe de libre négociation et de laisser aux parties « toute la marge de manœuvre nécessaire pour procéder aux changements structurels »,⁴⁷ en évitant ainsi certains effets pervers, par exemple la précarisation de l'emploi. Cette position s'inscrit assurément dans le cadre du mouvement contemporain de *contractualisation des politiques publiques*.⁴⁸ Ce type de régulation indirecte, reposant sur l'adhésion et la participation active des intéressés, supplée parfois adéquatement aux défaillances d'une intervention étatique plus directe. Il n'en

46 *Vers une équité intergénérationnelle*, Document de réflexion sur les clauses « orphelin » dans les conventions collectives, *op. cit.*, p. 8.

47 *Ibid.*

48 Mouvement qui, pour certains, viserait à pallier les déficits d'effectivité de l'État social et interventionniste : voir Charles-Albert MAURAND, « La contractualisation des politiques publiques », dans *L'État propulsif. Contribution à l'étude des instruments d'action de l'État*, Paris, Publisud, 1991.

reste pas moins que dans le contexte des clauses orphelins, où le patronat et certains représentants syndicaux expriment de fortes réticences à une modification des pratiques actuelles, l'élaboration d'un pacte social risque d'être un exercice particulièrement laborieux, avec possiblement des résultats purement symboliques en bout de ligne. Fondamentalement, la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse ne peut donner sa caution à une approche qui risquerait de perpétuer l'exclusion des catégories de travailleurs visés par les clauses orphelins, sans même d'ailleurs les considérer comme des parties intéressées au processus. C'est pourquoi la Commission ne favorise pas cette approche et s'en tient à la recommandation émise précédemment (paragr. 21).

28. Le document du Ministère du Travail s'oppose tant à une interdiction globale, qu'à une interdiction partielle des clauses orphelins. Selon le document, l'interdiction globale serait fort complexe, tant du point de vue rédactionnel que du point de vue de la mise en oeuvre. En outre, elle limiterait la liberté contractuelle des parties, empêcherait toute disposition visant au maintien des droits acquis et aurait un effet négatif sur la création des emplois, tout en favorisant la précarisation. L'interdiction partielle ferait face aux mêmes difficultés, mais « elle aurait l'avantage [si elles vise les clauses permanentes] d'être mieux ciblée et, en conséquence, de ne s'appliquer qu'aux situations extrêmes qui, de l'avis général, paraîtraient inacceptables ». ⁴⁹ Cependant, il serait très facile de contourner l'interdiction, par exemple « en allongeant de façon excessive la période permettant aux nouveaux salariés d'atteindre les mêmes conditions salariales que les anciens ». ⁵⁰

29. Remarquons qu'en ce dernier cas, l'on serait vraisemblablement en présence d'une clause « orphelin » à effet permanent déguisé et qui pourrait sans doute être contestée pour ce motif devant les tribunaux. Quant aux autres

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

50 *Ibid.*

arguments que met de l'avant le Ministère du Travail, ils nous semblent discutables : il n'y a pas d'automatisme, nous l'avons souligné, entre mise à l'écart des clauses orphelins et perte des droits acquis des salariés. Par ailleurs, l'incidence sur l'emploi d'une interdiction partielle, par exemple, des clauses orphelin demeure difficile à mesurer. Si, par hypothèse, les clauses à effet permanent sont seules interdites, l'entreprise conserve une certaine marge de manœuvre – en l'absence d'effets discriminatoires – pour procéder à l'embauche de nouveaux salariés tout en réaménageant sa structure de rémunération.

Conclusion

30. Pour les raisons énoncées dans ce mémoire et dans les prises de position qui l'ont précédé, la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse est d'avis que le recours aux clauses de rémunération à double palier et aux autres clauses « orphelin » dans les conventions collectives soulève de sérieuses questions eu égard à sa conformité avec les principes de la *Charte des droits et libertés de la personne*. La Commission entend continuer à exercer sa vigilance et, le cas échéant, faire usage des pouvoirs d'enquête qui lui ont été conférés par le Législateur. Elle attire cependant l'attention de celui-ci sur le fait que le recours à de telles clauses est un phénomène persistant, au surplus apparemment en croissance dans certains secteurs. Elle rappelle également que la mise en preuve des données pertinentes à l'évaluation du caractère discriminatoire de ces clauses, dans tel ou tel cas, est susceptible de taxer sérieusement non seulement ses propres ressources, mais aussi celles des autres intervenants impliqués dans une enquête. Dans ce contexte, la Commission recommande au Législateur d'éviter d'aborder la problématique des clauses « orphelin » au cas par cas.

31. Consciente, par ailleurs, des limites inhérentes à la recherche d'un « contrat social » dont la réalisation risquerait d'être lente et aléatoire en raison de la

dynamique des rapports collectifs du travail, la Commission est fermement convaincue qu'une intervention du Législateur est indispensable. Réitérant ses positions antérieures, elle réaffirme donc sa conviction à l'effet que le Législateur doit, de toute nécessité, modifier la législation du travail afin d'éliminer tout élément discriminatoire rattaché aux clauses de rémunération à double palier et autres clauses dites « orphelin ».