

**LA VALIDITÉ, À LA LUMIÈRE DE LA CHARTE, DE L'ENTENTE RELATIVE
À LA MISE EN PLACE D'UN PROGRAMME DE DÉPARTS VOLONTAIRES
DANS LE SECTEUR PUBLIC**

Juin 1997

**Document adopté à la 418^e séance de la Commission,
tenue le 20 juin 1997, par sa résolution COM-418-5.1.2**

Normand Dauphin
Secrétaire de la séance

Recherche et rédaction :

M^c Pierre-Yves Bourdeau, conseiller juridique
Direction de la recherche

TABLE DES MATIÈRES

1. Objet de l'Entente relative au programme de départs assistés	3
2. L'interaction entre la mesure de départs assistés et les bonifications aux régimes de retraite	7
3. <i>La Loi sur la diminution des coûts de la main-d'oeuvre dans le secteur public et donnant suite aux ententes intervenues à cette fin</i>	9
4. L'examen en vertu de l'article 10 de la <i>Charte des droits et libertés de la personne</i>	11
4.1 L'âge «sauf dans la mesure prévue par la loi»	15
4.2 L'atteinte aux droits garantis par la Charte	19
4.3 La renonciation à un droit garanti par la Charte	20
5. La mesure d'exception en matière de régimes d'avantages sociaux, de retraite, de rentes ou d'assurance : l'article 20.1 de la Charte	23
Conclusion	27

La Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse est consultée au sujet de la conformité avec la *Charte des droits et libertés de la personne*¹ de l'Entente relative à la mise en place d'un programme de départs volontaires conclue entre les organisations syndicales et le gouvernement du Québec en date du 24 avril 1997.

Plus particulièrement, la Commission est saisie d'un aspect spécifique de l'Entente soit la «mesure ciblée de départs assistés» pour les employés dont la date de retraite sera effective à compter du 22 mars 1997 mais au plus tard le 2 juillet 1997.

1. Objet de l'Entente relative au programme de départs volontaires

Afin de rencontrer l'objectif du gouvernement du Québec de réduire les coûts de la main-d'oeuvre dans le secteur public de 6% à compter du 1^{er} juillet 1997, les organisations syndicales et le gouvernement ont convenu d'une Entente visant à maximiser les départs volontaires à la retraite à compter du 21 mars 1997 et ce jusqu'au 2 juillet 1997. Pour ce faire, l'Entente conclue vise essentiellement à élargir l'admissibilité à la retraite et à améliorer le niveau de la rente de retraite pour plusieurs groupes de salariés du secteur public. L'objectif visé est de 15 000 mises à la retraite dans les secteurs de la Fonction publique, de l'éducation et de la santé. Le financement du coût total de ces départs est partagé à 50% à même les excédents actuariels au régime de retraite des employés du gouvernement et des organismes publics (RREGOP) (jusqu'à concurrence de 800 \$ millions) et le solde du coût par le gouvernement.

L'Entente comporte, à cet effet, trois mesures principales visant à maximiser les départs volontaires à la retraite :

- a) Modifications *temporaires* apportées au RREGOP, au régime de retraite des fonctionnaires (RRF) et au régime de retraite des enseignants (RRE) :

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

- introduction du facteur 80 (âge et années de service = 80) avec un minimum de 50 ans d'âge sans réduction actuarielle;
- introduction d'un critère de retraite à 60 ans d'âge sans réduction actuarielle;
- introduction d'un critère de retraite à 50 ans d'âge et un minimum de dix (10) années de service permettant la prise de la retraite avec réduction actuarielle;
- revalorisation des années de service donnant droit à un crédit de rente, un certificat de rente libérée ou une période de congé de maternité par une rente viagère réversible de 1,1% par année de service;
- diminution de la réduction actuarielle de 4% à 3% pour la rente de retraite du RREGOP et de 6% à 3% pour la rente de retraite du RRF;
- réduction actuarielle de 3% par année d'anticipation applicable à la rente viagère réversible de 1,1% par année de service;
- introduction au Régime de retraite des enseignants (RRE) du facteur 80 (âge + années de service) avec un minimum de 55 ans d'âge sans réduction actuarielle et diminution de la réduction actuarielle applicable dans le régime de 6% à 3%, le cas échéant.

b) Modifications *permanentes* apportées aux régimes de retraite :

- reconnaissance des périodes de congés de maternité aux fins de l'admissibilité à la retraite;
- amélioration des conditions de paiement des crédits de rente acquis;
- reconnaissance des années d'enseignement effectuées avant 1973.

c) Mesures ciblées de départs assistés (MDA) :

- Dans le réseau de la santé et des services sociaux :
versement d'au plus dix-huit (18) mois de salaire moins la valeur du bénéfice acquis pour les années de service revalorisées².
- Dans le secteur de la Fonction publique :

2 Le paragraphe 3p) de l'Entente précise que malgré l'annexe 3, toute personne sécuritaire d'emploi dans le secteur de la santé et des services sociaux a droit à un minimum de six (6) mois de salaire.

versement d'au plus douze (12) mois de salaire moins la *valeur* des modifications temporaires apportées aux régimes de retraite prévues au point 1a).

Cependant le paragraphe 4b) de l'Entente énonce deux réserves spécifiques à l'application de cette mesure dans le secteur de la Fonction publique :

- le bénéfice de la MDA s'applique aux employés prenant leur retraite âgés d'au moins cinquante (50) ans et d'au plus soixante-quatre (64) ans *et* possédant au moins 20 années de service;
- la valeur de la MDA ne doit pas faire en sorte de garantir à l'employé l'équivalent d'un montant de prestations supérieur à 70% du traitement moyen.

La demande adressée à la Commission, le 12 mai 1997, porte précisément sur la conformité avec la Charte de la réserve appliquée aux employés de la Fonction publique quant au versement de la MDA. En l'espèce, il s'agit d'un employé de la Fonction publique âgé de 67 ans. Il possédera bientôt vingt-huit (28) années de service dans le secteur de la Fonction publique et contribue au régime de retraite des fonctionnaires (RRF)³. En vertu du paragraphe 3f) de l'Entente, il serait théoriquement admissible aux bénéfices prévus au point 1a) s'il prend sa retraite avant le 3 juillet 1997.

L'annexe 4b) de l'Entente applicable aux personnes salariées admissibles au RRF-Hommes prévoit le versement d'une indemnité équivalente à 12 mois de salaire pour la personne salariée âgée de 62 à 64 ans et possédant 28 années de service. Toutefois, l'indemnité payable à titre de MDA est de zéro (0) dès que la personne admissible à la retraite atteint 65 ans. Le requérant prétend donc que l'exclusion des salariés de 65 ans et plus du bénéfice de la MDA est fondée sur l'âge et est discriminatoire.

2. L'interaction entre la mesure de départs assistés et les bonifications aux régimes de retraite

La mesure de départs assistés constitue une mesure incitative particulière qui est jumelée à la bonification de la rente de retraite prévue dans l'Entente. De fait, l'Entente est construite de façon à permettre à tous les salariés admissibles à la retraite d'obtenir l'équivalent d'au moins 12 mois de salaire (dans la Fonction publique) sous forme de versement d'une indemnité de base, de bonification de la rente de retraite ou d'une combinaison des deux sous réserve que le montant de la MDA ne doit pas faire en sorte de garantir à la personne salariée l'équivalent d'un montant de prestation supérieur à 70 % du traitement moyen⁴.

Ainsi, plus la bonification du régime de retraite est importante (quant à l'accessibilité à la retraite ou quant à la diminution de la réduction actuarielle par exemple) moins l'indemnité versée à titre de MDA sera élevée⁵.

Prenons l'exemple d'une personne salariée admissible au RRF et qui décide de profiter de l'offre pour prendre sa retraite:

i) Participant au RRF

Âge : 55 ans

Traitement admissible : 35 000 \$

Années de service pour fins de calcul : 25 ans

Années de service pour fins d'admissibilité : 25 ans

Niveau de remplacement de revenu selon RRF bonifié : $35\,000 \$ \times (25 \text{ ans} \times 2 \%) = 17\,500 \$$

Niveau de remplacement de revenu selon RRF actuel : $35\,000 \$ \times 35\% = 12\,250 \$$

Bonification de la rente annuelle : 5 250 \$

4 Par exemple, dans le RRF actuel, les salariés de 55 ans et plus possédant 35 années de service ou plus ont droit à une rente équivalent à 70% de leur traitement moyen.

5 Voir les tableaux RREGOP et RRF annexés.

Valeur présente de la bonification : 1 \$ de rente annuelle coûte actuellement 14,50 \$ sur le marché.

$$5,250 \$ \times 14,50 \$ = 76,125 \$$$

Détermination de la MDA : 12 mois de salaire (35 000 \$) - valeur présente de la bonification = 0 \$ de la rente (76,125 \$)

$$\text{MDA} = 0$$

ii) Participant au RRF

Âge: 64 ans

Traitement admissible : 45 000 \$

Années de service pour fins de calcul : 27 ans

Années de service pour fins d'admissibilité : 27 ans

Niveau de remplacement de revenu selon RRF bonifié : $45\,000 \times (27 \text{ ans} \times 2\%) = 24\,300 \$$

Niveau de remplacement de revenu selon RRF actuel : $45\,000 \times 54\% = 24\,300 \$$

Bonification de rente annuelle : 0

Valeur présente de la bonification : 0

Détermination de la MDA : 12 mois de salaire (45 000 \$) - valeur présente de la bonification = 45 000 \$ de la rente (0 \$)

$$\text{MDA} = 45\,000 \$$$

On constate dans le premier exemple que le salarié bénéficie d'une bonification importante de sa rente annuelle qui résulte de l'introduction du facteur 80 (âge et années de service = 80) *sans réduction actuarielle*. La valeur globale et actuelle de la bonification étant plus élevée que l'équivalent de douze (12) mois de salaire, la MDA est donc nulle.

Dans le deuxième exemple, le salarié était déjà admissible à une rente de retraite sans réduction actuarielle. Puisque la valeur de la bonification de la rente est inexistante, il peut donc bénéficier de l'incitatif particulier que constitue le bénéfice de 12 mois de salaire à titre de MDA⁶.

Qu'en est-il maintenant de l'employé âgé de 65 ans et plus, possédant plus de vingt (20) années de service et admissible au RRF-Hommes? Le tableau d'évaluation du pourcentage de la rente payable aux salariés (RRF-Hommes actuel) prévoit déjà qu'aucune réduction actuarielle n'est imposée à ce salarié. Ainsi, notre requérant, en se prévalant de l'Entente, ne bénéficierait cependant d'aucune bonification de sa rente de retraite. Il ne recevrait, non plus, aucun bénéfice payable sous forme de «mois de salaire» (MDA) et ce parce qu'il est âgé de 65 ans et plus.

3. La Loi sur la diminution des coûts de la main-d'oeuvre dans le secteur public et donnant suite aux ententes intervenues à cette fin (ci-après la Loi sur la diminution des coûts)

Le 21 mars 1997 fut adoptée la *Loi sur la diminution des coûts de la main-d'oeuvre dans le secteur public et donnant suite aux ententes intervenues à cette fin*⁷. Elle modifie, entre autres, la *Loi sur le*

6 Sous réserve que ce montant ne doit pas garantir un montant de prestation supérieur à 70% du traitement moyen. Voir à cet effet le tableau RRF-Hommes pour les salariés possédant entre 32 et 34 ans de service.

7 L.Q. (1997) chap. 7. Cette loi est entrée en vigueur, pour la majorité de ces dispositions, le 22 mars 1997.

Cette loi ayant pour objet de diminuer les coûts de la main-d'oeuvre dans le secteur public s'applique à *défaut d'ententes* intervenues entre le gouvernement et les associations de salariés

«Art. 1 La présente loi a pour objet de diminuer les coûts de la main-d'oeuvre dans le secteur public compte tenu de conditions de travail convenues à cette fin entre les parties.

Pour favoriser la réalisation de cet objectif, elle prévoit l'élargissement temporaire de l'admissibilité à la retraite et modifie d'autres conditions de travail.»

«Art. 3 En raison d'ententes de principe intervenues entre les parties, les mesures de diminution des coûts et de main-d'oeuvre prévues par la section II et par la section III ne s'appliquent pas aux salariés représentés par les associations de salariés ou les groupements d'associations de salariés visés par l'annexe 2.»

*régime de retraite des employés du gouvernement et des organismes public*⁸, la *Loi sur le régime de retraite des enseignants*⁹ et la *Loi sur le régime de retraite des fonctionnaires*¹⁰. La Loi sur la diminution des coûts introduit la section II.2 «Mesures d'application temporaire». Il s'agit essentiellement des nouveaux critères d'admissibilité à la pension de retraite, de la diminution de la réduction actuarielle de 6% à 3% et des conditions d'application de ces mesures temporaires. De façon générale, cette loi codifie donc les éléments de l'Entente portant sur la bonification de la rente de retraite. Précisons, toutefois, que cette loi ne comporte aucune référence aux éléments contenus dans le paragraphe 4 de l'Entente portant sur les mesures ciblées de départs assistés (MDA) si ce n'est au niveau du financement de ces mesures particulières¹¹:

Les seules références à l'âge portent donc sur les critères d'admissibilité à la pension, entre autres, dans la *Loi sur le régime de retraite des fonctionnaires* :

«Art. 99.25 Malgré l'article 56, une pension est accordée à tout fonctionnaire:

1° dont l'âge et les années de service totalisent 80 ou plus, s'il est âgé d'au moins 50 ans;

2° qui a atteint l'âge de 60 ans;

3 qui est devenu incapable d'exercer ses fonctions ordinaires en raison d'incapacité physique ou mentale;

8 L.R.Q., chap. R-10.

9 L.R.Q., chap. R-11.

10 L.R.Q., chap. R-12.

11 *«Art. 85.33 Le Comité de retraite visé à l'article 164 doit demander à la Commission de faire préparer au plus tard le 31 octobre 1998, par les actuaires qu'elle désigne, l'évaluation des engagements actuariels additionnels découlant des critères temporaires d'admissibilité à la pension prévus à la section II et des réductions actuarielles qui ne seront pas effectuées en application de cette section de même que l'évaluation de la valeur actuarielle des prestations additionnelles visées à la section III. Doivent être ajoutés à la valeur actuarielle de ces engagements et de ces prestations, le montant total versé dans le cadre des mesures de départ assisté à l'égard des personnes qui ont pris leur retraite au cours de la période d'application prévue par le présent chapitre ou par la section II.2 de la Loi sur le régime de retraite des fonctionnaires...»*

4° *qui a au moins 10 années de services et 50 ans.*

Le fonctionnaire doit participer au régime au moment où il prend sa retraite en vertu de l'un ou l'autre de ces critères.»

Ainsi, aucune disposition d'origine législative actuellement en vigueur ne limite l'octroi du bénéfice de la MDA «... aux seuls employés prenant leur retraite âgés d'au moins cinquante (50) ans et d'au plus soixante-quatre (64) ans».

Finalement, soulignons que l'article 68 de la *Loi sur le régime de retraite des fonctionnaires* prévoit que la pension devient *payable* à compter du jour où le fonctionnaire prend sa retraite ou au plus tard à compter du 31 décembre de l'année au cours de laquelle il atteint 71 ans¹². De plus, l'article 63.8 permet à un fonctionnaire âgé de 65 ans et plus de continuer à occuper une fonction et de recevoir comme pensionné une prestation de retraite.

4. L'examen en vertu de l'article 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne*

L'article 10 de la Charte est à l'effet suivant :

«10. Toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la grosseur, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap.

Il y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit.»

12 Le Projet de loi n° 123 «*Loi modifiant diverses dispositions législatives des régimes de retraite des secteurs public et parapublic*» abaisserait l'âge où la pension devient payable à 69 ans.

La notion de discrimination dans la Charte comporte trois éléments :

- une distinction, exclusion ou préférence;
- fondée sur un motif prévu à l'article 10;
- ayant pour effet de détruire ou de compromettre le droit à la reconnaissance et à l'exercice des droits et libertés de la personne¹³.

En l'occurrence, la question posée est la suivante : en privant, dans le cadre de l'Entente, les personnes salariées admissibles à une rente de retraite âgées de soixante-cinq (65) ans et plus (secteur Fonction publique) d'un bénéfice d'au plus douze (12) mois de salaire à titre de mesure ciblée de départs assistés (MDA), les organisations syndicales et le gouvernement du Québec font-ils preuve de discrimination fondée sur l'âge? Pour fins d'analyse, voici le texte du paragraphe 4b) de l'Entente :

4- Des mesures ciblées de départs assistés sont de plus proposées pour les employés dont la date de retraite sera effective à compter du 22 mars 1997 mais au plus tard le 2 juillet 1997

b) Dans le secteur de la Fonction publique :

- i) Les mesures de départs assistés prévoient un bénéfice d'au plus douze (12) mois de salaire moins la valeur des modifications temporaires apportées aux régimes de retraite prévues à l'article 1, à l'exclusion des dispositions relatives à la revalorisation des années de service donnant droit à un crédit de rente, à un certificat de rente libérée ou à une période de congé de maternité reconnue selon les dispositions du dernier alinéa du paragraphe 2a). Ce bénéfice s'applique aux employés prenant leur retraite âgés d'au moins cinquante (50) ans et d'au plus soixante-quatre (64) ans et possédant au moins vingt (20) années de service et doit être calculé en utilisant les annexes 4A, 4B, 4C, 4D et 4E.

La valeur de la MDA ne doit pas faire en sorte de garantir à l'employé l'équivalent d'un montant de prestations supérieur à 70% du traitement

13 *Brossard (Ville de) c. Commission des droits de la personne* (1988) 2 R.C.S. 279; *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin* (1994) 2 R.C.S. 525.

moyen.

- ii) En outre, pour les personnes qui prendront leur retraite dans le cadre du présent programme, le paiement de la banque des jours de congé de maladie sera assurée à 100% de la valeur de ces jours.

Tel qu'illustré ci-haut (paragraphe 2), ce bénéfice de douze (12) mois de salaire est distinct de la bonification des régimes de retraite. Mais, il est aussi complémentaire dans la mesure où on doit considérer la valeur globale de la rente annuelle bonifiée afin de déterminer le bénéfice versé à titre de MDA¹⁴. Par ailleurs, l'admissibilité aux bénéfices résultant de l'amélioration temporaire apportée aux régimes de retraite (critères d'accès à la rente de retraite et niveau de la rente) vise tout salarié cotisant à un régime de retraite en date du 31 décembre 1996.

«Art. 3 f) Admissibilité

Est admissible aux bénéfices prévus au paragraphe 1 toute personne qui participait au RREGOP (syndicable) le 31 décembre 1996 et y participe toujours à la date de sa retraite ou la personne qui participe au RRF ou la personne au RRE, si la date de retraite est effective après le 21 mars 1997, mais antérieure au 3 juillet 1997.»

Ainsi, les deux mesures ont un objectif similaire soit de maximiser les départs volontaires à la retraite à compter du 21 mars jusqu'au 2 juillet 1997 afin de diminuer les coûts de la main-d'oeuvre dans le secteur public. Cependant, force est de constater que la disposition donnant ouverture au versement d'un bénéfice d'au plus douze (12) mois de salaire (article 4b)i) exclut une catégorie de salariés admissibles à la retraite sur la base de l'âge.

La Cour suprême du Canada a défini la notion de «discrimination» dans les termes suivants:

«[...] la discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou

14 Voir note 5 et les tableaux annexés.

non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société.»¹⁵

L'égalité étant un concept comparatif, une contestation fondée sur l'article 10 de la Charte visera à déterminer si «une différence de traitement» entre des individus constitue une pratique discriminatoire.

Or, dans le secteur de la Fonction publique, l'article 4b)i) a pour effet de priver les employés prenant leur retraite âgés de 65 ans et plus et possédant au moins vingt (20) années de service d'un bénéfice pouvant aller jusqu'à douze (12) mois de salaire.

Par exemple, les personnes salariées admissibles au RREGOP âgées d'au moins 60 ans et possédant au moins 20 années de service étaient admissibles à une rente de retraite sans réduction actuarielle sous le régime actuel. Or, le tableau sur la mesure de départs assistés accorde un bénéfice de 12 mois de salaire aux seuls employés âgés d'au moins 60 ans et d'au plus 64 ans et possédant au moins 20 années de service¹⁶. Pourtant les salariés de 65 ans et plus sont dans la même situation que ce groupe particulier. De même, les personnes salariées admissibles au RRF-Hommes âgées d'au moins 62 ans et possédant au moins 16 années de service ont droit à une rente de retraite sans réduction actuarielle sous le régime actuel. Pourtant, la mesure de départs assistés de 12 mois de salaire n'est versée qu'aux seuls employés âgés d'au moins 62 et d'au plus 64 ans. Dès l'âge de 65 ans, ces salariés sont privés du bénéfice de cette mesure.

Ainsi, si le requérant, âgé de 67 ans et possédant 28 années de service désire se prévaloir de l'Entente pour prendre sa retraite, il sera privé du bénéfice de 12 mois de salaire versé afin d'encourager le départ

15 *Andrews c. Law Society of British Columbia* (1984) 1 R.C.S. 143 (p. 174).

16 Afin de respecter la limite de 70% du traitement moyen, le bénéfice diminue dès que cet employé possède 32 ans de service et plus.

volontaire de salariés qui étaient déjà admissibles à une rente de retraite sans réduction actuarielle et qui, de ce fait, ne bénéficiaient pas des modifications apportées aux régimes de retraite par l'article 1 de l'Entente. Le préjudice subi, à cause de son âge, s'élève ainsi à 58 102 \$.

4.1 L'âge «sauf dans la mesure prévue par la loi»

Le critère de l'âge incorpore à l'article 10 de la Charte une limitation intrinsèque voulant que la discrimination fondée sur l'âge soit interdite «sauf dans la mesure prévue par la loi».

Il est de l'essence même des régimes de retraite que l'âge conditionne l'admissibilité à la retraite. En conséquence, de nombreuses dispositions législatives prescrivent des distinctions, exclusions ou préférences dans ce domaine¹⁷.

De façon générale, on peut affirmer que lorsque la «loi» établit des distinctions en fonction de l'âge, il n'y aura pas de discrimination au sens de l'article 10 de la Charte.

Mais une question importante demeure, quel est le sens du terme «loi» à l'article 10?

L'article 56 par. 3 de la Charte énonce ce qui suit :

«[...] Dans la Charte, le mot «loi» inclut un règlement, un décret, une ordonnance ou un arrêté en conseil pris sous l'autorité d'une loi.».

En précisant que le terme «loi» inclut un règlement, un décret, une ordonnance ou un arrêté en conseil, le législateur a voulu s'assurer que certains actes juridiques émanant de la branche exécutive ou

17 Voir, par exemple, L.Q. (1997) chapitre 7, articles 28-31 et 33 modifiant la *Loi sur le régime de retraite des employés du gouvernement et des organismes publics* L.R.Q. c. R-10, la *Loi sur le régime de retraite des enseignants* L.R.Q., c. R-11 et la *Loi sur le régime de retraite des fonctionnaires* L.R.Q., c. R-12 quant aux critères d'admissibilité applicables à une personne.

administrative de l'État soient reconnus au même titre que les lois adoptées par l'Assemblée nationale. Cependant, il existe une règle fondamentale en droit public voulant que:

«... tout pouvoir de l'administration est nécessairement un pouvoir délégué, que tout acte de l'administration tire sa seule force d'une loi du Parlement ou de la législature.»¹⁸

D'ailleurs, la Cour suprême du Canada nous rappelait, encore récemment, ce principe:

«Les actes de la branche exécutive ou administrative se fondent généralement sur une loi, c'est-à-dire un texte législatif. Toutefois, ces actes peuvent aussi se fonder sur la common law, comme le cas de la prérogative.»¹⁹

Ainsi, tous les «actes réglementaires» au sens large (règlement, décret, ordonnance, arrêté) doivent être expressément autorisés par une loi habilitante et un texte peut être invalidé en l'absence d'une disposition habilitante²⁰. De plus, tous ces actes sont évidemment soumis à l'article 52 de la *Charte des droits et libertés de la personne* sauf dérogation expresse (*infra*, note 26). Les auteurs s'entendent pour affirmer que l'acte réglementaire comporte trois caractéristiques principales :

- 1° il s'agit d'un acte normatif: création de normes *légales* de comportement.
- 2° de portée générale et impersonnelle: qui s'applique à un nombre indéterminé de personnes.
- 3° en vertu d'une habilitation législative expresse: il s'agit essentiellement de législation subordonnée.²¹

18 GARANT, Patrice, *Droit administratif*, 3^e édition. Les Éditions Yvon Blais inc., 1991, vol. 1, p. 320.

19 S-D. G.M.R. c. *Dolphin Delivery* (1986) 2 R.C.S. 573 (p. 599).

20 GARANT, Patrice, *Droit administratif*, *supra*, note 20, p. 321; *Dlugosz c. P.G. du Québec* (1987) R.J.Q. 2312 (C.A.).

21 GARANT, *idem*, p. 345 à 350.

Le professeur Garant distingue les actes réglementaires des actes pararéglementaires ou «quasi réglementaires» :

«Certains actes ont toutes les apparences du règlement sans en être: ce sont ce que la doctrine appelle l'acte pararéglementaire appelé soit directive, instruction, énoncé de politiques, politiques administratives, circulaire interprétative etc. Ces nombreux textes ont une grande utilité, mais n'ont surtout qu'une valeur incitative ou interprétative. Ces textes n'ont pas force de loi parce qu'il leur manque l'une ou l'autre des caractéristiques essentielles du règlement; conséquemment, leur auteur conserve en principe la faculté de ne pas les appliquer à un cas particulier suivant les circonstances. Ces textes ne sont pas soumis au régime procédural des règlements à tous les niveaux. Ils ne sont pas des règles de droit au sens de l'art. 28 de la Loi sur la Cour fédérale. Enfin, ils ne sont pas une «règle de droit» au sens de l'art. 1 de la Charte canadienne.»²²

(Le souligné est de nous.)

On peut ajouter que, selon nous, ces textes ne constituent pas, non plus, une «loi» au sens de la *Charte des droits et libertés de la personne*.

En conséquence, seul un «acte réglementaire ou législatif», par l'effet combiné des articles 10 et 56 par. 3 de la Charte, pourrait distinguer sur la base de l'âge sans que l'on puisse invoquer discrimination.

À notre connaissance, seules les modifications temporaires et permanentes apportées aux régimes de retraite par l'Entente et portant sur la bonification de rentes de retraite ainsi que leur financement ont fait l'objet d'adoption de dispositions législatives (L.Q. (1997) c. 7). Les mesures ciblées de départs assistés sous forme d'un bénéfice d'au plus douze mois de salaire pour les salariés âgés d'au

22 *Idem*, p. 350.

moins 50 ans et d'au plus 64 ans n'ont, à notre connaissance, pas fait l'objet d'intervention de nature législative²³.

D'ailleurs, l'expression «sauf dans la mesure prévue par la loi» constituant une exception à l'objet de l'article 10 qui est d'assurer à toute personne la reconnaissance et l'exercice en pleine égalité des droits et libertés sans distinction fondée sur l'âge devrait recevoir une interprétation restrictive²⁴. L'Entente conclue le 24 avril 1997 entre les organisations syndicales et le gouvernement est le fruit d'une négociation entre employeur et employés ayant pour objectif la réduction des coûts de main-d'oeuvre dans le secteur public. Ainsi, la force exécutoire de l'Entente tenant à son caractère contractuel et non à son origine législative ne peut, à ce titre, être qualifiée de «loi» au sens de l'article 10 de la Charte.

Puisque la partie de l'Entente portant sur les mesures de départs assistés (paragraphe 4b)i) dans la Fonction publique n'a pas fait l'objet de l'adoption d'une disposition législative (loi, règlement, décret) la réserve édictée à l'article 10 relative aux distinctions, exclusions ou préférences d'origine législative ne s'applique pas.

23 À cet effet, le C.T. 188835 du 21 mai 1996, décision du Conseil du trésor intitulée «Cadre de gestion de la mesure de départ assisté dans la Fonction publique» énonçait une distinction quant au versement de la mesure de départ assisté entre les employés de moins de 65 ans (6 à 18 mois de salaire) et de plus de 65 ans (6 mois de salaire) prenant leur retraite au plus tard le 1^{er} octobre 1996. Or, pour être qualifiée de «loi» au sens de l'article 10 de la Charte, une telle «décision» (C.T.) devrait être autorisée par une loi habilitante. Plus encore, à moins d'une disposition législative explicite à l'effet contraire, le pouvoir de faire des actes de nature réglementaire ne comporte pas celui d'édicter des dispositions discriminatoires voir: *Ville de Montréal c. Arcade Amusements Inc.* (1985) 1 R.C.S. 368.

24 Par analogie, voir *Brossard (Ville de) c. Québec (Comm. des droits de la personne)* où la Cour suprême a conclu que bien que les droits doivent recevoir une interprétation large, les *moyens de défense* qui peuvent être opposés à l'exercice de ces droits doivent être interprétés de façon restrictive.

Voir cependant *McKinney c. Université de Guelph* (1993) 3 R.C.S. p. 229 (J. Laforest p. 276 à 278) (J. Wilson p. 380 à 389) quant à l'interprétation du terme «loi» dans le contexte de l'article 15 de la Charte canadienne qui ne s'applique pas au cas en l'espèce.

4.2 *L'atteinte aux droits garantis par la Charte*

Il faut maintenant déterminer si la distinction ou préférence fondée sur l'âge, porte atteinte à un des droits garantis par la *Charte des droits et libertés de la personne*.

L'article 13 de la Charte est à l'effet suivant :

«Nul ne peut, dans un acte juridique, stipuler une clause comportant discrimination. Une telle clause est réputée sans effet.»

L'acte juridique est ici l'Entente conclue le 24 avril 1997 entre le gouvernement et les organisations syndicales.

De plus, l'article 16 prévoit ce qui suit :

«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.»

Finalement, l'article 19 énonce que :

«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.»

4.3 La renonciation à un droit garanti par la Charte

La conclusion d'une entente négociée de bonne foi et portant sur l'amélioration des conditions de retraite de groupes de salariés peut-elle constituer une renonciation à un droit reconnu par la Charte?

Rappelons que l'Entente négociée le 24 avril 1997 se situe dans le cadre de la relation contractuelle existant entre un employeur (le gouvernement du Québec) et ses employés (les personnes salariées du secteur public représentées par les organisations syndicales).

Une législation sur les droits de la personne jouit d'un statut quasi constitutionnel en raison des valeurs fondamentales qu'elle vise à protéger²⁵.

Ajoutons que dans le cas de la Charte québécoise la suprématie se trouve renforcée par la présence de l'article 52 qui confère préséance aux articles 1 à 38 sur toute disposition incompatible d'une autre loi²⁶.

Comme le disait le juge Lamer dans l'arrêt *Heerspink* à propos du Code des droits de la personne de Colombie-Britannique :

*«... puisqu'il s'agit de droit public et de droit fondamental, personne ne peut, par contrat, à moins que la loi ne l'y autorise expressément, convenir d'en écarter l'application et se soustraire ainsi à son champ de protection.»*²⁷

Comme le souligne la doctrine, il ne fait également aucun doute que la Charte s'impose aux rapports entre employeurs et employés:

25 *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink* (1982) 2 R.C.S. 145; *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*. (1994) 2 R.C.S. 525.

26 «52. Aucune disposition d'une loi, même postérieure à la Charte, ne peut déroger aux articles 1 à 38, sauf dans la mesure prévue par ces articles, à moins que cette loi n'énonce expressément que cette disposition s'applique malgré la Charte.»

27 *Heerspink*, *supra*, note 19, p. 158.

«Dans son aire d'application constitutionnelle, la Charte québécoise s'impose directement aux relations entre les employeurs et leurs employés, tant dans des contextes de rapports collectifs qu'individuels, et les principes énoncés dans les articles 1 à 38 supplantent les normes législatives ou réglementaires qui leur seraient contraires.»²⁸

Dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne c. Etobicoke*²⁹, une disposition d'une convention collective prescrivait la retraite obligatoire à soixante ans. Cette clause allant directement à l'encontre du Code ontarien des droits de la personne, la Cour suprême affirmait :

«Même s'il n'apporte aucune restriction formelle à une renonciation de ce genre, le Code est néanmoins une loi publique qui énonce une politique générale de l'Ontario, comme on le constate en lisant le texte législatif lui-même et son préambule. Il ressort clairement de la doctrine, tant canadienne qu'anglaise, que les parties n'ont pas la faculté de renoncer par contrat aux dispositions de telles lois et que les contrats à cet effet sont nuls parce que contraires à l'ordre public.

[...] La législature de l'Ontario a adopté The Ontario Human Rights Code dans l'intérêt de l'ensemble de la collectivité et de chacun de ses membres, et il est évident que cette loi tombe dans la catégorie des lois auxquelles on ne peut renoncer ou qu'on ne peut modifier par contrat privé; par conséquent cet argument ne peut être admis.»³⁰

Au Québec, le Tribunal des droits de la personne concluait ce qui suit à propos d'une clause d'une convention collective prévoyant un mode de détermination du rang d'ancienneté dans une entreprise:

«En somme, les règles d'ancienneté ne peuvent être négociées en se fondant sur un motif discriminatoire au sens de la Charte, en l'occurrence le motif de l'âge. En prenant en considération l'âge du travailleur dans la détermination de son ancienneté, la clause 12.03 de la convention de 1985 crée une préférence discrimi-

28 GAGNON, Robert P., *Le droit du travail au Québec - Pratiques et théories*, Éd. Yvon Blais inc. p. 21.

29 *Commission ontarienne des droits de la personne c. Etobicoke* (1982) 1 R.C.S. 202.

30 *Idem*, p. 213 et 214; voir aussi *Winnipeg School Division n° 1 c. Craton* (1985) 2 R.C.S. 150 (p. 156).

natoire au sens de l'art. 10 de la Charte. (C'est également le cas de la convention de 1988).

En effet, parce qu'il était plus jeune que M. Dufresne, M. Abado s'est vu attribuer un rang d'ancienneté inférieur à celui-ci. L'âge a donc joué un rôle déterminant dans l'attribution de ce rang d'ancienneté, contrevenant comme il est dit précédemment aux prescriptions de la Charte.»³¹

Dans cette affaire, il fut ordonné aux parties d'appliquer au salarié un rang d'ancienneté d'une façon non discriminatoire c'est-à-dire sans référence à son âge. Finalement, la Cour d'appel du Québec affirmait ce qui suit à propos de l'interdiction de se soustraire par contrat à la protection d'une loi sur les droits de la personne :

«Je ne crois pas que l'on puisse retirer à un citoyen un droit dit «intrinsèque» (Préambule de la Charte) à l'occasion de la négociation d'une convention collective, négociation qui est en soi une série d'accommodements et de compromis économiques. Les droits reconnus dans la Charte sont plus que des «conditions de travail», il sont des «conditions de vie en société». Les dispositions de la Charte sont d'ordre public, à tout le moins celles qui portent sur la discrimination...»³²

On peut affirmer, sans conteste, que les salariés du secteur public âgés de 65 ans et plus forment un groupe minoritaire qui n'avait sûrement pas le pouvoir de s'opposer à la ratification de cette Entente. On ne peut, dans cette mesure, prétendre que la conclusion de l'Entente entre les parties et sa ratification en Assemblée générale des salariés constitue une forme de renonciation à la garantie de non-discrimination fondée sur l'âge offerte par la *Charte des droits et libertés de la personne*.

5. La mesure d'exception en matière de régimes d'avantages sociaux, de retraite, de rentes ou d'assurance : l'article 20.1 de la charte

31 C.D.P. du Québec et Abado c. Brasserie Labatt Ltée et Union des routiers, brasseries et al. (1994) 22 C.H.R.R. D/149 (D/153).

32 Les Ateliers d'ingénierie Dominion Ltée c. C.D.P.Q. (1980) R.P. 209 (217); voir aussi: Newfoundland Association of Public Employees c. Terre-Neuve (Green Bay Health Care Centre) (1996) 2 R.C.S. 3.

Le 13 juin 1996, est entrée en vigueur la *Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne et d'autres dispositions législatives*³³. Cette loi abroge, entre autres, l'article 137 de la Charte³⁴ et édicte l'article 20.1 :

*«20.1 Dans un contrat d'assurance ou de rente, un régime d'avantages sociaux, de retraite, de rentes ou d'assurance ou un régime universel de rentes ou d'assurance, une distinction, exclusion ou préférence fondée sur l'âge, le sexe ou l'état civil est réputée non discriminatoire lorsque son utilisation est légitime et que **le motif** qui la fonde constitue un facteur de détermination de risque, basé sur des données actuarielles.*

Dans ces contrats ou régimes, l'utilisation de l'état de santé comme facteur de détermination de risque ne constitue pas une discrimination au sens de l'article 10.»

L'article 20.1 constitue une mesure d'exception à l'objectif général d'une législation en matière de droits de la personne qui vise à éliminer la discrimination. Tel que la Commission le soulignait dans son mémoire à la Commission des institutions sur le Projet de loi n° 133, cette disposition :

«... viserait donc l'atteinte d'un compromis entre l'éradication de la discrimination dans les régimes d'avantages sociaux ou les contrats de rente et d'assurance et la reconnaissance du caractère particulier de ces domaines par le maintien de distinctions fondées sur des motifs précis (âge, sexe, état civil)...»³⁵

Dans l'arrêt *Dickason*, le juge Cory, au nom de la majorité, affirme ce qui suit quant à la portée d'une mesure d'exception :

33 1996 L.Q. c. 10.

34 «137. Les articles 11, 13, 16, 17 et 19 de la présente Charte ne s'appliquent à un régime de rentes ou de retraite, à un régime d'assurance de personnes ou tout autre régime d'avantages sociaux que si la discrimination est fondée sur la race, la couleur, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale ou la condition sociale.»

35 Mémoire à la Commission des institutions sur le Projet de loi n° 133, *Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne et d'autres dispositions législatives*, 16 février 1996, p. 3.

«Le droit à la protection contre la discrimination prévu par les lois sur les droits de la personne est assujéti aux moyens de défense que ces mêmes lois accordent aux auteurs de discrimination. Toutefois, comme l'a reconnu le juge McIntyre dans Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke, [1982] 1 R.C.S. 202, un moyen de défense qui permet à la discrimination de se poursuivre constitue une exception à la règle de non-discrimination. Dans Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne), [1988] 2 R.C.S. 279, notre Cour a conclu que, bien que les droits doivent recevoir une interprétation large, les moyens de défense qui peuvent être opposés à l'exercice de ces droits doivent être interprétés de façon restrictive.»³⁶

Ainsi, pour être réputée non discriminatoire dans un régime d'avantages sociaux ou de retraite, une distinction, exclusion ou préférence fondée sur l'âge doit répondre aux éléments suivants :

- i) l'utilisation d'une distinction, exclusion ou préférence doit être légitime;
- ii) le motif qui fonde cette distinction, exclusion ou préférence doit constituer un facteur de détermination de risque, basé sur des données actuarielles.

i) La légitimité de l'utilisation d'une distinction

L'emploi d'un critère de «légitimité» est pour le moins inusité en matière de droits et libertés de la personne.

Ainsi dans l'arrêt *Zurich* (précité), la Cour suprême du Canada était confrontée à un critère de contrôle fondée sur la «raisonnabilité» d'une pratique discriminatoire portant sur l'imposition de primes d'assurances³⁷.

36 *Dickason c. Université de l'Alberta* (1992) 2 R.C.S. 1103 (p. 1121); voir aussi: *Zurich Insurance Co. c. Ontario (C.D.P.)* (1992) 2 R.C.S. 321 (p. 339-340).

37 Pour la majorité, le juge Sopinka affirme qu'une pratique discriminatoire est «raisonnable» :

- a) si elle se fonde sur une pratique solidement fondée et reconnue dans le domaine des assurances;

La différence entre le caractère *raisonnable* et le caractère *légitime* d'une telle pratique n'apparaît pas très claire quant au fardeau de preuve imposé au défenseur de la mesure. Ainsi, s'il est «pertinent» de distinguer à l'intérieur du groupe ciblé (les 50-64 ans possédant au moins vingt (20) années de service) puisque le bénéfice de la MDA est complémentaire à la bonification de la rente de retraite, l'utilisation d'une distinction ayant pour effet d'exclure les 65 ans et plus de toute MDA ne nous apparaît pas pertinente et encore moins légitime.

En effet, dans la mesure où l'âge de la retraite obligatoire à 65 ans est abrogé au Québec; dans la mesure où le versement de la pension de retraite peut être retardé jusqu'à l'âge de 69 ans (Projet de loi n° 123); dans la mesure également où la rente de retraite versée par la RRQ est déductible de la pension de retraite reçue par le pensionné du secteur public³⁸; dans la mesure où finalement la pension de sécurité de la vieillesse versée par le gouvernement fédéral peut faire l'objet d'une récupération fiscale, nous soumettons que le salarié de la Fonction publique âgé de plus de 65 ans est dans la même situation que les autres salariés du secteur public admissibles à la retraite. En conséquence, la légitimité de l'utilisation d'une distinction discriminatoire quant au versement d'une MDA semble fort douteuse.

ii) L'âge comme facteur de détermination de risques basé sur des données actuarielles
(...suite)

et

b) s'il n'existe pas d'autre solution pratique.

38 Article 63.3 de la *Loi sur le régime de retraite des fonctionnaires*.

«63.3 À compter du mois qui suit son soixante-cinquième anniversaire de naissance ou, le cas échéant, du mois qui suit la date à laquelle il prend sa retraite si cette date est postérieure à son soixante-cinquième anniversaire de naissance, la pension est réduite, du montant obtenu en multipliant:

- 1° 0,7%;
- 2° le nombre d'années de service créditées après le 31 décembre 1965, jusqu'à concurrence de 35;
- 3° la partie du traitement admissible moyen qui n'excède pas la moyenne du maximum des gains admissibles, au sens de la *Loi sur le régime de rentes du Québec* (chapitre R-9), à l'égard des périodes de cotisations retenues aux fins du calcul de la pension....»

À cette étape, le défenseur de la pratique discriminatoire devra démontrer que, dans les circonstances, le motif qui fonde la distinction constitue un facteur de risques s'appuyant sur des données actuarielles.

Souvent, en matière d'assurances, les taux sont calculés à partir de statistiques ayant trait au degré de risque présenté par une catégorie ou un groupe de personnes. Pour les assureurs, il est nécessaire de classer les degrés de risques en fonction de groupes de personnes qui possèdent des caractéristiques similaires déterminés.

Dans les régimes de retraite ou d'avantages sociaux, l'utilisation du facteur «âge» afin de déterminer l'admissibilité aux prestations de retraite est fréquente.

Dans le contexte particulier de l'Entente, peut-on soutenir que les salariés de la Fonction publique âgés de 65 ans et plus constituent un risque actuariel particulier en relation avec le versement de la MDA?

En l'occurrence, l'âge est plutôt utilisé comme un des facteurs de détermination *du bénéfice* versé aux salariés afin de les inciter à prendre leur retraite (les autres facteurs étant le nombre d'années de service et la valeur de bonification de la rente de retraite).

À l'évidence, le motif qui fonde la distinction entre les employés du secteur public de 65 et plus et les autres n'est pas lié à un risque particulier que représente ce groupe de salariés.

En conséquence, nous soumettons que l'article 20.1 de la Charte n'a pas d'application dans le contexte particulier de l'Entente.

CONCLUSION

La Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse considère que le paragraphe 4b)i)

de l'Entente³⁹ relative à la mise en place d'un vaste programme de départs volontaires conclue le 24 avril 1997 entre le gouvernement du Québec et les organisations syndicales est discriminatoire.

Pour la Commission, les salariés de la Fonction publique âgés de 65 ans et plus et qui cotisent à leur régime de retraite au 31 décembre 1996 sont privés d'un avantage, sous forme d'un bénéfice d'au plus douze (12) mois de salaire, qui s'applique à tous les autres employés prenant leur retraite et possédant au moins vingt (20) années de service.

La Commission considère qu'il s'agit d'un cas de discrimination fondée sur l'âge qui réintroduit une forme de distinction arbitraire de la même nature que l'âge de la retraite obligatoire à 65 ans⁴⁰ ou que l'interdiction du versement de prestations d'assurance-chômage aux personnes âgées de plus de 65 ans⁴¹.

Cette distinction quant à l'admissibilité à une mesure ciblée de départ assisté n'étant pas d'origine législative, la Commission y voit une atteinte directe aux articles 10, 13, 16 et 19 de la *Charte des droits et libertés de la personne*.

PYB/cl

39 Voir le texte du paragraphe 4b)i) de l'Entente, p. 10-11.

40 *Loi sur l'abolition de la retraite obligatoire*, L.Q. 1982 c. 12.

41 *Tétreault-Gadoury c. Canada* (1991) 2 R.C.S. 22.