

L'interdiction des disparités de traitement : état des lieux et détour prospectif

Dalia GESUALDI-FECTEAU*

Michel LIZÉE*

Introduction

L'émergence de stratégies de rendement arrimées à la dynamique globale de l'entreprise, la coordination et l'intégration des activités productives basées sur une logique de flexibilité faisant appel à différentes formes de sous-traitance et la mise en place de systèmes de gestion du travail à la fois souples, polyvalents et concurrentiels¹, ont conduit à une reconfiguration des réseaux de pouvoir dont disposaient les acteurs traditionnels des relations de travail. En effet, l'interaction entre la quête de flexibilité des entreprises, la mise en place de structures organisationnelles productives transnationales et décentralisées ainsi que l'accélération des transformations technologiques et techniques ont, au cours des dernières années, profondément bouleversé le visage de l'organisation du travail².

Les manifestations concrètes de cette conjoncture sont multiples : la diversification des formes d'emploi, l'augmentation du travail atypique, la précarisation de l'emploi³ ainsi que l'introduction de différentes formes de disparités de traitement n'en sont que quelques exemples. Ces dernières, introduites initialement pour des motifs circonstanciels, ponctuels ou transitoires, visaient essentiellement les conditions de rémunération des salariés⁴. Or, les différentes déclinaisons de disparités de traitement que l'on observe désormais ne visent

* Avocate à la Direction générale des affaires juridiques de la Commission des normes du travail. L'auteure aimerait remercier Mes Anne DesRoches et Annick Desjardins ainsi que Jérôme Normand pour leurs commentaires. Nous désirons également remercier Renée Melançon et Roxanne Boucher pour leur contribution à la recherche jurisprudentielle et doctrinale. Les opinions et commentaires exprimés dans le présent texte ne lient toutefois que l'auteure.

L'auteure désire également mentionner que certaines réflexions reflétées dans le présent texte découlent d'une participation à la XI^e Journée de droit social et du travail qui a eu lieu à l'UQAM le 19 mars 2010 et dont les actes sont à paraître, Dalia Gesualdi-Fecteau, « Les clauses de disparités de traitement dans les conventions collectives : portrait du paysage législatif québécois », dans Léa Fontaine, dir., *75ième anniversaire du Wagner Act : Où en sont les rapports collectifs du travail au Québec?*, Actes de la XI^e Journée de droit social et du travail organisée par l'UQAM, Cowansville, Yvon Blais, 19 mars 2010 [à paraître]

* Économiste, Services aux collectivités, UQAM. L'auteur désire mentionner que sa contribution à cet article se trouve particulièrement dans la section portant sur les régimes de retraite.

¹ Daniel Mercure, « Nouvelles dynamiques d'entreprise et transformation des formes d'emploi : du fordisme à l'impartition flexible » dans Jean Bernier et al, dir., *L'incessante évolution des formes d'emploi et la redoutable stagnation des lois du travail*, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 2001, 5.

² Harry Arthurs associe ces phénomènes à la « nouvelle économie », Harry Arthurs, « La nouvelle économie et le déclin de la citoyenneté au travail » dans Michel Coutu et Gregor Murray, *Travail et citoyenneté : quel avenir?*, Québec, PUL, 2010, 43.

³ Il est important de noter que la précarité ne découle pas exclusivement des dynamiques ci-évoquées. Sur cette question, voir notamment Judy Fudge et Leah Vosko, « Gender, Segmentation and the Standard Employment Relationship in Canadian Labour Law, Legislation and Policy » (2001) 22 :2 *Economy and Industrial Democracy* 271.

⁴ Michel Coutu, « Les clauses dites orphelins et la notion de discrimination dans la Charte des droits et libertés de la personne » (2000) 55:2 *Relations industrielles* 308 à la p. 311.

plus uniquement un amoindrissement quantitatif des conditions de travail mais également qualitatif.

Nous proposons d'effectuer un survol non-exhaustif des différentes formes de disparités de traitement ayant (ou ayant eu) cours autant en milieu syndiqué que non-syndiqué (I). Au-delà de distinctions simplement sémantiques, il importe de faire ces quelques nuances afin d'évaluer adéquatement dans quelle mesure les interdictions formulées autant par la *Charte des droits et libertés* et la *Loi sur les normes du travail*, assurent une véritable égalité de traitement; nous procéderons à une revue de la jurisprudence découlant de ces instruments normatifs et afférente aux disparités de traitement (II). Compte tenu des récents débats soulevés par les difficultés rencontrées par différents régimes de retraite, nous traiterons également de l'introduction de régimes complémentaires de retraite différenciés dans certains milieux de travail et questionnerons la légalité de cette tendance (III). Nous concluons en évoquant les enjeux collectifs que posent les disparités de traitement en milieu syndiqué (IV).

Conscients que les enjeux afférents aux disparités de traitement dépassent largement le cadre de la présente communication, notre intérêt est de jeter un regard interdisciplinaire sur ces derniers afin de contribuer, fort modestement, à l'analyse des leurs manifestations contemporaines.

I. Qu'est-ce qu'une disparité de traitement ?

Le terme disparité, dans son sens littéral, signifie, une dissemblance ou une différence. En droit du travail, on réfère généralement à une disparité de traitement dans son sens subjectif. Il s'agit d'une distinction dans le traitement d'un groupe de salariés par rapport à un autre alors que l'ensemble des salariés effectue pourtant généralement les mêmes tâches dans le même établissement mais à une fréquence ou pour une durée qui peuvent être variable. Les disparités de traitement ont pour effet de favoriser un groupe de salariés et ce, de façon directe ou incidente. Les disparités de traitement se retrouvent autant en milieu non-syndiqué que syndiqué, auquel cas elles seront contenues à la convention collective.

Or, il serait réducteur de définir ainsi les multiples formes de disparités de traitement. Une disparité de traitement peut découler de la mise en place de conditions de travail moins avantageuses pour un groupe de salariés et ce, compte tenu de leur date d'embauche ou du statut d'emploi qui leur est conféré; il s'agira alors de disparités de traitement que nous qualifierons de « formelles » (A). Certaines disparités de traitement découleront des difficultés rencontrées par certaines catégories de salariés atypiques d'accéder de façon effective aux différentes protections statutaires prévues par les lois du travail ou les régimes de protection sociale⁵ (B).

⁵ Sur cette question, voir notamment; Jean Bernier et Guylaine Vallée, «Pluralité des situations de travail salarié et égalité de traitement en droit du travail québécois» dans *Analyse juridique et valeurs en droit social : Études offertes à Jean Pélissier*, Paris, Dalloz, 2004, 69. Voir également Dalia Gesualdi-Fecteau,

A. Les disparités de traitement formelles

Afin de réduire les coûts associés à la main d'œuvre, on observe, depuis les années 1980, l'introduction de clauses de disparité de traitement permettant aux employeurs d'envisager de telles réductions de coûts associés à la main d'œuvre tout en préservant les privilèges des salariés déjà en poste⁶. En milieu syndiqué, les clauses de disparité de traitement désignent, entre autres, les dispositions des conventions collectives « fixant des avantages inférieurs pour des salariés embauchés après la date de signature de la convention collective, que ce soit en ce qui concerne la rémunération ou divers autres aspects, tels la durée de la probation, les avantages sociaux, la sécurité d'emploi ou les régimes de retraite⁷ ».

Ces clauses de disparité de traitement, aussi appelées clauses « orphelin » ou clauses à double pallier, peuvent être permanentes ou temporaires. Les clauses permanentes ne prévoient aucun mécanisme assurant leur disparition alors que les clauses temporaires devraient cesser de produire leurs effets après un certain temps⁸. L'ajout d'échelons à l'échelle salariale en vigueur pour les salariés embauchés après la signature de la convention collective constitue l'un des exemples d'une clause à effet temporaire. Malgré le caractère prétendument temporaire de ces clauses, certains ont évoqué la possibilité qu'elles constituent une stratégie de contournement visant à prolonger de façon excessive la période permettant aux nouveaux salariés d'atteindre les mêmes conditions de travail que leurs collègues⁹.

Les disparités de traitement peuvent également reposer sur les différents statuts d'emploi. Le salarié qui dispose d'un statut d'emploi atypique, notion polymorphe s'il en est une, occupe un emploi à temps partiel ou sur appel ou dispose d'un statut d'« occasionnel » ou de « temporaire ». Il s'agit également de travailleurs mobilisés par une entreprise utilisatrice par le biais d'une agence de placement de personnel ou de certains travailleurs soi-disant autonomes. Comme le rappelait le Comité d'experts chargé de se pencher sur les besoins de protection sociale des personnes vivant une situation de travail non traditionnelle, les disparités de traitement fondées sur le statut d'emploi prennent différentes formes :

Elles peuvent porter sur l'accès à d'autres avantages à valeur pécuniaire et sur toutes les composantes de la rémunération globale tel que le bénéfice de régimes complémentaires d'assurances. Elles peuvent aussi se

« Fragmentation de l'entreprise et identification de l'employeur : Où est Charlie? » (2008) 293 *Développements récents en droit du travail* 1.

⁶ Michel Coutu, « Les clauses dites orphelins et la notion de discrimination dans la Charte des droits et libertés de la personne » (2000) 55:2 *Relations industrielles* 308 à la p. 311.

⁷ Ministère du Travail, *Vers une équité intergénérationnelle : document de réflexion sur les clauses "orphelin" dans les conventions collectives*, 1998 à la p. 1.

⁸ Cette typologie est proposée par Sylvain Lepage, « Les pratiques défavorables au nouveau salarié dans la convention collective : le cas de la double échelle » (1989) 30 :2 *Cahiers de droit* 525 à la p. 525.

⁹ Cet exemple est tiré de Ministère du Travail, *Vers une équité intergénérationnelle – Document de réflexion sur les clauses « orphelin » dans les conventions collectives*, 11 juin 1998 à la p.10.

manifester par un accès inégal à des protections qu'il est difficile d'évaluer pécuniairement : pensons, par exemple, à l'accès à la procédure de griefs dont les salariés temporaires sont parfois exclus du seul fait de leur statut, peu importe leur durée de service. Plus subtilement encore, ces disparités de traitement peuvent prendre la forme de régimes de conditions de travail distincts pour différents statuts de travail dans une même entreprise, régimes qui ne sont pas de niveaux équivalents. Ces disparités subtiles peuvent aussi se manifester par des manières différentes pour calculer la durée de service suivant les statuts de travail – durée du lien d'emploi ou nombre d'heures de travail – pour accéder à des avantages identiques¹⁰.

À titre d'exemple, en milieu non-syndiqué, les salariés d'agence œuvrant dans une entreprise utilisatrice pourraient ne pas avoir accès aux avantages sociaux octroyés aux salariés de celle-ci; certains écarts salariaux ont également été recensés¹¹. Dans une récente étude conduite en milieu syndiqué, Jean Bernier procéda à l'analyse d'un important échantillon de conventions collectives afin d'apprécier l'étendue et les formes de disparités de traitement en fonction du statut d'emploi¹².

Sur les 156 conventions collectives analysées, 11% de celles-ci excluaient spécifiquement certaines catégories de salariés de l'application de la convention collective, notamment les étudiants et les salariés occasionnels, plus de 13% privaient totalement ces mêmes salariés de la procédure de griefs et 20% leur restreignaient l'accès à cette procédure, notamment en matière de mesures disciplinaires ou de congédiement. Par ailleurs, près de 93% des conventions collectives introduisaient un calcul différencié de l'ancienneté, 49% comportaient une disparité salariale et 29% opéraient des distinctions quant au remboursement par l'employeur de l'équipement personnel de sécurité.

B. Les disparités dans l'accès aux mécanismes mis en place par le droit du travail

Au Québec, aucun cadre normatif particulier ne fait écho aux réalités vécues par les travailleurs atypiques. Les lois du travail ont été élaborées en prenant pour référence la « relation individuelle d'emploi traditionnelle », c'est-à-dire, la relation de travail dans laquelle se trouve un salarié qui travaille pour un seul employeur dans une relation de subordination juridique, sur le site même de l'entreprise et, la plupart du temps, à temps

¹⁰ Jean Bernier, Guylaine Vallée et Carol Jobin, *Les besoins de protection sociale des personnes en situation de travail non traditionnelle*, Rapport final du Comité d'experts chargé de se pencher sur les besoins de protection sociale des personnes vivant une situation de travail non traditionnelle, Gouvernement du Québec, 2003 à la p. 449 (ci-après « rapport Bernier »).

¹¹ Jean Bernier et Guylaine Vallée, « Pluralité des situations de travail salarié et égalité de traitement en droit du travail québécois » dans *Analyse juridique et valeurs en droit social : Études offertes à Jean Pélissier*, Paris, Dalloz, 2004, 69 à la p. 79. Voir également Diane Galarneau, « L'écart salarial entre employés temporaires et permanents », (2005) 17 *L'emploi et le revenu en perspectives* 5.

¹² Jean Bernier, « Les conventions collectives et les emplois atypique » (2007) 4:1 *Regards sur le travail* 2.

plein et pour une durée indéterminée¹³. Or, théoriquement, bien que l'ensemble du droit du travail s'applique aux travailleurs atypiques, l'accès effectif aux différents régimes normatifs qui composent ce corpus peut poser problème.

Comme le soulignaient les auteurs du rapport Bernier, les conditions d'accès aux divers régimes de protection issus du droit social et du travail ne sont généralement pas adaptées aux réalités des travailleurs atypiques. À titre d'exemple, plusieurs protections conférées par la *Loi sur les normes du travail*¹⁴ sont tributaires d'une condition liée au service continu des salariés¹⁵. Or, compte tenu du caractère parfois ponctuel ou même épisodique de la relation d'emploi entre le travailleur atypique et son employeur, cette condition préalable d'exercice, en apparence neutre, n'a-t-elle pas pour effet d'exclure, *de facto*, ces salariés des protections prévues¹⁶?

Au surplus, il fut également établi que leur grande mobilité professionnelle rend plus difficile leur organisation collective et la prévention des accidents du travail et des maladies professionnelles¹⁷. Rappelons également que les conditions d'accès aux différents régimes étatiques de remplacement du revenu ne considèrent pas toujours les situations d'emploi singulières des travailleurs atypiques. Ces difficultés d'accès aux mécanismes, recours et protections mis en place par le droit du travail ou institués par les régimes de protection sociale ne découlent pas de la négociation des conditions de travail opérée par les parties au contrat collectif ou individuel de travail. Elles sont le résultat d'une inadéquation structurelle des lois du travail vis-à-vis différentes formes de relation d'emploi.

Certaines disparités de traitement formelles sont interdites par les instruments issus du droit étatique. Ainsi, les conventions collectives et les contrats individuels de travail sont

¹³Définition empruntée à Jean Bernier et Guylaine Vallée, «Pluralité des situations de travail salarié et égalité de traitement en droit du travail québécois» dans *Analyse juridique et valeurs en droit social : Études offertes à Jean Pélissier*, Paris, Dalloz, 2004, 69 à la p. 72.

¹⁴ *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q. c. N-1.1 (ci-après «Lnt»).

¹⁵ Cet assujettissement des protections contenues à la *Loi sur les normes du travail* à une condition de service continu a fait l'objet d'une longue analyse dans le rapport Bernier. Voir Jean Bernier, Guylaine Vallée et Carol Jobin, *Les besoins de protection sociale des personnes en situation de travail non traditionnelle*, Rapport final du Comité d'experts chargé de se pencher sur les besoins de protection sociale des personnes vivant une situation de travail non traditionnelle, Gouvernement du Québec, 2003, aux pages 137 à 141. À l'instar des experts, nous citerons, à titre de protections liées à une condition de service continu les vacances annuelles (art. 67 et suivants L.n.t.), droit limité à la rémunération de certains congés familiaux (art. 81.1), protection en cas d'accident ou de maladie (art. 79.1) et recours à l'encontre d'un congédiement sans cause juste et suffisante (art. 124).

¹⁶ Jean Bernier et Guylaine Vallée, «Pluralité des situations de travail salarié et égalité de traitement en droit du travail québécois» dans *Analyse juridique et valeurs en droit social : Études offertes à Jean Pélissier*, Paris, Dalloz, 2004, 69 à la p. 74.

¹⁷ Voir notamment Guylaine Vallée, *Pour une meilleure protection des travailleurs vulnérables : des scénarios de politiques publiques*, Réseaux canadiens de recherche en politiques publiques (RCRPP) / Canadian Policy Research Networks (CPRN), Collective sur les travailleurs vulnérables, no 2, mars 2005 et Katherine Lippel, « Le travail atypique et la législation en matière de santé et sécurité du travail », (2004), 201, *Développements récents en santé et sécurité du travail*, Barreau du Québec, Service de la formation permanente, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 307.

soumis à l'examen de la *Loi sur les normes du travail* et de la *Charte des droits et libertés*¹⁸. Or, quelle est la portée véritable de ces protections eu égard aux différentes formes de disparités de traitement dites formelles?

II. Les clauses de disparité de traitement : analyse du droit positif en vigueur

La spécificité du droit du travail tient d'abord et avant tout à la façon d'articuler les différentes sources de droit qui le composent; ces sources proviennent d'une pluralité de règles émanant à la fois du droit étatique et du droit issu des rapports collectifs en conjonction avec le milieu de travail¹⁹. En effet, « le droit applicable au travail salarié se compose d'une pluralité de règles relevant de différentes sphères du droit étatique qu'il s'agisse du droit civil, des lois du travail, des instruments d'affirmation des droits fondamentaux de la personne ou du droit criminel ou émanant des acteurs du milieu de travail, règles qui se trouvent dans les conventions collectives, les contrats individuels de travail, les politiques d'entreprise ou les usages²⁰ ». Ainsi, « à côté des "droits individuels d'intérêts collectifs" établis par la convention collective, on trouve des "droits individuels d'intérêt général" et d'ordre public²¹ ».

Bien qu'au Québec, aucun instrument issu du droit étatique ne prévoit un principe général d'égalité de traitement, certaines dispositions visant à interdire les disparités de traitement furent ajoutées à la *Loi sur les normes du travail* (A); celles-ci s'ajoutent aux motifs prohibés de discrimination prévus à la *Charte québécoise des droits et libertés* pouvant compromettre certains droits au travail (B). À la lumière d'une récente décision de la Cour d'appel, il sera toutefois prudent de considérer les possibles interférences entre les conditions fixées par ces deux cadres réglementaires (C).

A. La Loi sur les normes du travail

Le 19 décembre 1999, l'Assemblée nationale modifia la Lnt et y inséra certaines dispositions législatives visant à interdire les disparités de traitement. Ces modifications législatives interdisent de consentir, uniquement en fonction de la date d'embauche, l'octroi de conditions de travail moins avantageuses à des salariés comparativement à celles consenties à d'autres salariés qui effectuent les mêmes tâches dans le même établissement²². Ces dispositions visent à contrer les stipulations contractuelles qui auraient pour effet de faire supporter, par les seuls salariés embauchés après une date donnée, le poids des pressions économiques de même que les désavantages qui découlent de l'amointrissement,

¹⁸ *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. c. C-12 (ci-après «Charte»).

¹⁹ À ce sujet, voir Pierre Verge, Gilles Trudeau et Guylaine Vallée, *Le droit du travail par ses sources*, Montréal, Éditions Thémis, 2006.

²⁰ Guylaine Vallée et Dalia Gesualdi-Fecteau, « La constitutionnalisation du droit du travail : une menace ou une opportunité pour les rapports collectifs de travail » (2007) 48:1 *Les Cahiers de droit* 153.

²¹ Guylaine Vallée, «Le droit du travail comme lieu de pluralisme juridique» dans Céline St-Pierre et J.-P. Warren (dir.), *Sociologie et société québécoise. Présences de Guy Rocher*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2006, 241 à la p.251.

²² Lnt, art. 87.1.

quantitatif ou qualitatif, d'une condition de travail²³. Par l'effet de cette mesure législative, il est interdit d'introduire une disparité de traitement quant aux matières visées aux sections I à V.1, VI et VII de la Lnt et ses règlements²⁴.

Ces dispositions s'appliquent autant aux salariés non-syndiqués qu'aux salariés régis par une convention collective²⁵. Un salarié assujéti à une convention collective peut opter entre le recours au grief ou le dépôt d'une plainte à la Commission des normes du travail en vertu de l'article 87.1 Lnt. Dans le cas où le salarié choisit la seconde option, il doit démontrer qu'il n'a pas utilisé les recours découlant de la convention collective ou, les ayant utilisés, qu'il s'en est désisté avant qu'une décision finale ait été rendue²⁶.

Depuis l'entrée en vigueur de l'article 87.1 Lnt, la nature de la disparité de traitement prohibée a fait l'objet de plusieurs décisions. Ainsi, il fut décidé que l'assujéttissement à une obligation de disponibilité pour un groupe de salariés en fonction de leur date d'embauche constitue une disparité de traitement fondée sur une norme prévue à la Lnt²⁷. En effet, selon l'arbitre, bien que la jurisprudence considère que la disponibilité ne constitue pas une période de travail, l'article 57 Lnt traite du rappel au travail et non d'un système de disponibilité ou de garde²⁸. Or, un tel système de disponibilité ou de service de garde constitue une contrainte, puisque l'employé peut être obligé de rentrer au travail, ce qui réfère directement à la notion de « durée du travail » prévue à la Lnt²⁹.

Les litiges découlant de l'application des dispositions prohibant les disparités de traitement ont réactualisé les débats portant sur la définition du salaire que l'on retrouve à l'article 1(9) Lnt et qui consiste en « la rémunération en monnaie courante et les avantages ayant une valeur pécuniaire dus pour le travail ou les services d'un salarié³⁰ ». Il est d'usage de convenir que le salaire réel d'un salarié correspond au montant qui lui est versé en compensation de son travail et ce, sous quelque forme que ce soit³¹. En effet, « le salaire est la rémunération versée par l'employeur en contrepartie directe d'une prestation de travail du salarié ainsi que les diverses primes rattachées à l'exécution de cette prestation »³². Dans la mesure où une prime ou un boni est comptabilisé conformément à la convention collective en matière de calcul du salaire, celui-ci est *de facto* inclus dans la rémunération effectivement versée aux fins de l'application de cette convention collective et constitue une

²³ André Sasseville et al. (dir.), *Le droit du travail au Québec*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008 à la p. 551.

²⁴ Il s'agit des normes portant sur le salaire, la durée du travail, les repos, les absences pour raisons familiales, personnelles ou parentales, le congé annuel payé ainsi que l'avis de cessation d'emploi. Lnt, art. 87.1. La section sur la mise à la retraite (art. 84.1 Lnt et suivants) est nommément exclue

²⁵ Lnt, art. 93.

²⁶ Lnt, art. 102. Voir *Commission des normes du travail c. Ville de Sherbrooke*, D.T.E. 2006T-462 (C.Q.).

²⁷ *Métallurgistes unis d'Amérique, section locale 9414 c. Emballage St-Jean*, D.T.E. 2004T-449 (T.A.).

²⁸ *Ibid.* à la p. 6.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Lnt, art. 1(9).

³¹ *Comité paritaire du camionnage du district de Québec c. Rapid Transport inc.*, [1967] 374 (C.S.).

³² *Compagnie de la Baie d'Hudson c. Union des salariés du transport local et industries diverses, section locale 931*, [2004] R.J.D.T. 767 (T.A.), par. 68

condition du travail³³. A *contrario*, les gratifications dont l'employeur peut prendre seul l'initiative, ne font pas partie du salaire³⁴. En effet, « lorsque le boni est totalement discrétionnaire et qu'il n'est pas octroyé automatiquement, celui-ci n'est pas considéré comme partie intégrante du salaire »³⁵. Incidemment, une récompense pour un travail bien accompli n'est pas un élément constitutif du salaire³⁶.

Dans l'affaire *Ville de Sherbrooke*, la Commission des normes du travail réclamait le salaire dont auraient été privés les salariés visés par une disparité de traitement. Celle-ci faisait suite à une lettre d'entente conclue entre le syndicat et l'employeur dans laquelle les parties prévoyaient que tous les pompiers embauchés avant le 16 avril 1998, date de la signature de la convention collective, voyaient leur salaire haussé de 3%. Cette bonification visait à compenser une perte de revenu subie par les salariés en poste et générée par la décision de la Ville de Sherbrooke de recourir à du personnel temporaire afin de combler les surcroits de travail et les absences. En effet, les salariés en poste au moment de la signature de la nouvelle convention collective effectuaient, depuis plus de 30 ans, du temps supplémentaire à taux majoré pour pallier à ces besoins.

Il fut initialement décidé par la Cour du Québec que cette compensation non discrétionnaire et récurrente représentant 3% du salaire ne faisait pas partie du salaire et ce, étant donné que la compensation est sans lien avec la prestation de travail³⁷. Pour le juge de première instance, « le fait que les pompiers embauchés après le 16 avril 1998 ne soient pas compensés pour une perte qu'ils n'ont pas subie ne reflète pas une pratique qui crée un mode de rémunération inéquitable [...] à laquelle le ministre du Travail avait voulu mettre fin par l'adoption des articles 87.1 à 87.3 Lnt³⁸ ». Or, cette compensation avait une valeur pécuniaire et prenait la forme d'un ajustement à la rémunération³⁹.

Cette décision fut renversée par la Cour d'appel qui statua que cette compensation ne pouvait être apparentée à un avantage marginal qui dépend d'événement ponctuel ou discrétionnaire⁴⁰. Dans cette affaire, la compensation récurrente de 3% versée à un groupe de salariés s'ajoutait au salaire perçu par ceux-ci en échange de leur prestation de travail; à cet égard, le maintien du lien d'emploi était une condition pour y avoir droit⁴¹.

³³ *La Presse Itée c. Syndicat de l'industrie du journal du Québec inc. (Distribution)*, 2009 QCCA 208, par. 34 et 71.

³⁴ Robert P. Gagnon, *Le droit du travail au Québec*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003 à la p. 103.

³⁵ Edward Aust et Lyse Charrette, *Le contrat d'emploi*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993 à la p. 84.

³⁶ *Giraud c. La compagnie Klockner, Stadler, Hurter Itée*, D.T.E. 97T-1360 (C.A.), par. 11.

³⁷ *Commission des normes du travail c. Ville de Sherbrooke*, D.T.E. 2009T-276 (C.Q.).

³⁸ *Commission des normes du travail c. Ville de Sherbrooke*, D.T.E. 2009T-276 (C.Q.), par. 54.

³⁹ *Commission des normes du travail c. Ville de Sherbrooke*, D.T.E. 2009T-276 (C.Q.), par. 50.

⁴⁰ *Commission des normes du travail c. Sherbrooke*, D.T.E. 2011T-179 (C.A.) (Requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée (C.S. Can., 2011-09-08), 34218), par. 34.

⁴¹ *Commission des normes du travail c. Ville de Sherbrooke*, D.T.E. 2009T-276 (C.Q.), par. 52.

La Cour d'appel souligna également que la motivation subjective des parties ne pouvait constituer un moyen de défense adéquat :

Il existe plusieurs raisons valables et légitimes pour deux parties de convenir de clauses « orphelin ». Il peut paraître tout à fait légitime de convenir d'une disparité de traitement pour compenser une perte de salaire ou le coût assumé par des salariés à l'occasion de grève ou de lock-out ou, comme en l'espèce, pour la concession faite à l'employeur afin de lui permettre de réaliser des économies substantielles. On peut imaginer de multiples autres causes légitimes⁴².

Ainsi, dans la mesure où une entente a pour effet d'accorder à un salarié une condition de travail moins avantageuse que celle accordée à d'autres salariés qui effectuent les mêmes tâches dans le même établissement, et ce, uniquement en fonction de sa date d'embauche, elle sera considérée illégale⁴³.

Dans l'affaire *Syndicat national de l'industrie de la Chaux de Lime Ridge*, il fut décidé que la « prime de fidélité » n'était pas versée suite à l'accomplissement d'une prestation de travail et ne constituait donc pas du salaire au sens de la Lnt. Celle-ci était payable une fois par an, aux salariés désignés, sans mention que ceux-ci aient eu à travailler un certain nombre d'heures au cours de l'année qui précède le versement.⁴⁴ Hypothétiquement et contrairement à ce qui prévalait dans *Ville de Sherbrooke*, un employé en arrêt de travail, par exemple, aurait droit à la prime de fidélité et ce, sans qu'il ait à fournir une prestation de travail pour l'obtenir.

Dans la décision *Compagnie de la Baie d'Hudson*, l'arbitre Hamelin statua que la politique de remises sur les achats ne constituait pas une condition de travail prévue à la Lnt⁴⁵. Dans cette affaire, l'arbitre souligna, à bon droit, que le boni est considéré comme faisant partie intégrante du salaire « s'il n'est pas tributaire d'une décision discrétionnaire, comme c'est le cas lorsqu'il est calculé selon une formule ou une pratique établie ou lorsqu'il est régulièrement payé⁴⁶ ».

Le législateur a choisi de faire reposer l'interdiction des disparités de traitement sur le seul critère de la date d'embauche. L'utilisation de l'expression « uniquement » implique que d'autres motifs pourraient être invoqués par l'employeur pour justifier la disparité de traitement, tels que les compétences, l'expérience, le rendement, la productivité ou le mérite. Différentes décisions rendues sous l'empire de l'article 87.1 Lnt nous enseignent que

⁴² *Commission des normes du travail c. Sherbrooke*, D.T.E. 2011T-179 (C.A.) (Requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée (C.S. Can., 2011-09-08), 34218), par. 37.

⁴³ *Ibid.* par. 40.

⁴⁴ *Syndicat national de l'industrie de la Chaux de Lime Ridge (C.S.D.) et Graymont inc.*, D.T.E. 2003T-318 (T.A.) à la p. 9.

⁴⁵ *Compagnie de la Baie d'Hudson et Union des salariés du transport local et industries diverses, section locale 931*, D.T.E. 2004T-475 (T.A.), par. 66.

⁴⁶ *Ibid.*

le terme *embauche* doit être interprété largement et ce, « afin de favoriser l'atteinte de ces dispositions d'ordre public⁴⁷ ».

Il appert également qu'il n'est pas nécessaire d'établir l'intention de l'employeur de créer une disparité de traitement basée uniquement sur la date d'embauche. Comme le souligne la Cour, « il faudrait être naïf pour croire que les employeurs, connaissant les prescriptions de la Lnt, rédigent des clauses salariales qui créent de façon évidente une disparité de traitement de ses employés uniquement en fonction de la date d'embauche⁴⁸ ». Ainsi, si la preuve révèle que l'échelle salariale a pour effet de créer une disparité de traitement fondée sur une date d'embauche, elle sera déclarée illégale⁴⁹.

Par souci de cohérence législative, la Lnt prévoit qu'une condition de travail fondée sur l'ancienneté ou la durée du service n'est pas dérogoire⁵⁰. L'article 87.3 Lnt prévoit également que « ne sont pas pris en compte le salaire et les règles afférentes qui sont temporairement appliqués à un salarié pour éviter qu'il soit désavantagé en raison de son intégration à un nouveau taux de salaire, à une échelle salariale dont l'amplitude a été modifiée ou à une nouvelle échelle, pourvu que :

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

2° l'écart entre le salaire appliqué au salarié et le taux ou l'échelle établi pour être applicable à l'ensemble de ces salariés se résorbe progressivement, à l'intérieur d'un délai raisonnable⁵¹ ».

Ainsi, la Lnt interdit les clauses à effet permanent, mais ne prohibe pas les clauses à effet temporaire et ce, dans la mesure où celles-ci se résorbent dans un délai raisonnable. Certains appréhendaient que cela pouvait mener au contournement, direct ou indirect, de la norme d'équité prévue à l'article 87.1 Lnt et ainsi ouvrir la porte à différentes situations

⁴⁷ *Provigo Québec inc. c. Girard*, D.T.E. 2008T-765 (C.S.) (Requête pour permission d'appeler accueillie, C.A., 2008-11-20, 200-09-006465-089, 2008 QCCA 2200), par. 38.

⁴⁸ *Commission des normes du travail c. Progistix-Solutions inc.*, D.T.E. 2008T-416 (C.Q.), par. 41. Ce passage est cité avec approbation par la Cour d'appel, *Progistix-Solutions inc. c. Commission des normes du travail*, D.T.E. 2009T-804 (C.A.), par. 16. Cette interprétation fut également retenue par la Cour d'appel dans l'affaire *Commission des normes du travail c. Sherbrooke*, D.T.E. 2011T-179 (C.A.) (Requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée (C.S. Can., 2011-09-08), 34218), par. 40.

⁴⁹ *Coopérative de services à domicile de la MRC de Montmagny c. Cliche*, D.T.E. 2008T-565 (C.S.).

⁵⁰ Lnt, art. 87.2. En effet, que l'on pense aux dispositions portant sur le congé annuel ou sur l'avis de fin d'emploi, les obligations de l'employeur à l'égard de ses salariés sont modulées en fonction d'un critère de service continu. Or, il n'en demeure pas moins qu'un salarié disposant de moins de service continu pourra un jour accéder aux conditions plus avantageuses consenties à un collègue plus ancien.

⁵¹ Lnt, art. 87.3. Il est également utile de souligner qu'au surplus, cette disposition prévoit que « pour l'application de l'article 87.1 Lnt, ne sont pas prises en compte les conditions de travail appliquées à un salarié à la suite d'un accommodement particulier pour une personne handicapée, ni celles qui sont temporairement appliquées à un salarié à la suite d'un reclassement ou d'une rétrogradation, d'une fusion d'entreprises ou de la réorganisation interne d'une entreprise ».

abusives alors qu'il demeurerait possible, entre autres, d'allonger de façon excessive la période permettant aux nouveaux salariés d'atteindre les mêmes conditions de travail que leurs collègues plus anciens ou de reporter indéfiniment cette étape d'un contrat de travail à l'autre⁵².

Or, dans l'affaire *Provigo*, la Cour supérieure souligna que « l'élimination des disparités de traitement est une obligation de résultat inscrite dans la loi. Même si l'employeur peut justifier de maintenir des distinctions qui découlent d'une réorganisation administrative, par exemple, une situation temporaire ne peut être temporaire indéfiniment⁵³. La décision de la Cour d'appel dans l'affaire *Progistix* semble confirmer ce point de vue :

[39] La *Loi* ne peut évidemment pas déterminer un délai précis, et c'est pourquoi elle dispose que ce délai doit être raisonnable. Si l'échéance d'une convention collective peut constituer ce délai raisonnable, la jurisprudence ne saurait être plus précise que le législateur et décréter que, dans tous les cas, le délai maximum est cette échéance. Tout dépend des circonstances.

[40] On peut penser que moins la disparité est importante plus le délai sera court et que l'inverse est vrai.

[41] D'autre part, la *Loi* ne dispose pas que c'est l'employeur seul qui doit faire disparaître la disparité et qu'il doit augmenter le salaire des plus jeunes au niveau de celui des plus vieux le plus rapidement possible. C'est la disparité qui doit être éliminée et les salariés peuvent être appelés à contribuer à cette élimination. La disparité peut être éliminée par la réduction du salaire des plus âgés ou par le gel de ce salaire. Mais les plus âgés ont également certains droits et de bonnes raisons pour ne pas voir réduire leur salaire ou le voir être gelé trop longtemps. En matière de rapports collectifs de travail, tout est question de négociation. Devant une élimination trop rapide d'une disparité, on peut craindre que les plus âgés qui, en général, composent la majorité des salariés, décident d'aller en grève. Or, les grèves sont évidemment à éviter. La mise en application du principe de l'égalité de traitement dans une entreprise existante lors de l'adoption de ce principe exige beaucoup de bonne foi et de sens de l'équité de la part de tout le monde⁵⁴.

Qu'advient-il de la clause de disparité de traitement lorsque les tribunaux de droit commun ou d'arbitrage arrivent à la conclusion qu'elle contrevient aux prédictions de la Lnt en matière de disparités de traitement? Dans le cas d'un recours entrepris par la Commission des normes du travail en vertu de l'article 113 de la Lnt, le tribunal de droit commun saisi pourra uniquement ordonner le paiement des sommes dues aux salariés victimes de la disparité de traitement. Ainsi, les conclusions recherchées ne viseront que le paiement par

⁵² Michel Coutu, «Les clauses dites orphelins et la notion de discrimination dans la Charte des droits et libertés de la personne» (2000) 55:2 *Relations industrielles* 308 à la p. 325.

⁵³ *Provigo Québec c. Girard*, précité, par. 39.

⁵⁴ *Progistix-Solutions inc. c. Commission des normes du travail*, D.T.E. 2009T-804 (C.A.), par. 39-41.

l'employeur du salaire ou autres avantages pécuniaires découlant de l'application de la *Loi sur les normes du travail*⁵⁵. Le juge ne pourrait, par exemple, ordonner l'annulation de la disposition conventionnelle ou renvoyer les parties à la table de négociation : il outrepasserait ses pouvoirs.

Qu'en est-il lorsqu'un tel litige fait l'objet d'un grief porté devant un tribunal d'arbitrage? Par l'effet conjugué des articles 93 Lnt et 62 du *Code du travail*⁵⁶, une clause d'une convention collective contraire à la *Loi sur les normes du travail* serait contraire à l'ordre public ainsi, nulle de nullité absolue⁵⁷. Ainsi, l'arbitre de griefs a le pouvoir de déterminer si une clause d'une convention collective est illégale ou inopérante⁵⁸; il n'a toutefois pas le pouvoir de modifier la convention collective⁵⁹. Ainsi, dans la mesure où le grief vise à rendre inopérante la disparité de traitement à l'égard du groupe de salariés désavantagés et d'ordonner la compensation monétaire, le cas échéant, nous estimons que l'arbitre sera habilité à étendre à l'ensemble des salariés la condition de travail plus avantageuse. En effet, dans l'intervalle d'un nouveau compromis négocié par les parties au contrat collectif de travail, l'objectif de la loi n'est pas de pénaliser les salariés qui profitent de la condition de travail plus avantageuse, mais plutôt de faire en sorte que tous les salariés effectuant les mêmes tâches dans le même établissement soient régis par les mêmes conditions de travail et ce, peu importe leur date d'embauche⁶⁰. Nous estimons qu'une telle approche respecte les principes d'équité qui sous-tendent ces dispositions législatives.

B. La Charte des droits et libertés de la personne

La *Charte des droits et libertés de la personne* interdit les disparités de traitement à effet discriminatoire. On y prévoit que toute personne a droit à la reconnaissance, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la grossesse, 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 handicap⁶¹. Il y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence, a pour effet de compromettre ou de détruire le droit à l'égalité⁶².

⁵⁵ Lnt, art. 98 et 99.

⁵⁶ *Code du travail*, L.R.Q. c. C-27 (ci-après «C.t.»).

⁵⁷ La place occupée par la *Loi sur les normes du travail* dans la hiérarchie des sources du droit du travail a d'ailleurs fait l'objet d'une décision de la Cour suprême dans l'affaire *Syndicat de la fonction publique du Québec c. Québec*, 2010 CSC 28.

⁵⁸ Voir notamment *Confédération des syndicats nationaux c. Verret* (C.A.), [1992] R.J.Q. 975, 978 (Requête pour autorisation de pourvoi rejetée par la Cour suprême, le 19 novembre 1992); *Collège Dawson c. Muzaula*, [1999] R.J.D.T. 1041 (C.A.); *Québec c. Syndicat des professionnelles et des professionnels du gouvernement du Québec*, D.T.E. 2006T-912 (C.A.).

⁵⁹ C.t., art. 100.12. Voir également *Institut Philippe-Pinel de Montréal c. Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 2960*, 2007 QCCA 54.

⁶⁰ *Métallurgistes unis d'Amérique, section locale 6839 c. Infasco*, D.T.E. 2009T-205 (T.A.).

⁶¹ *Charte*, art. 10.

⁶² *Charte*, art. 10 al. 2.

En matière de disparités de traitement, la *Charte* organise deux mécanismes de protection. Elle prévoit d'abord que nul ne peut exercer de discrimination, entre autres, dans la détermination des conditions de travail ainsi que dans l'établissement de catégories ou de classifications d'emploi⁶³. De façon plus spécifique, la *Charte* dispose également 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 endroit⁶⁴. La différence de traitement fondée sur l'expérience, l'ancienneté, la durée de service, l'évaluation au mérite, la quantité de production ou le temps supplémentaire, si ces critères sont communs à tous les membres du personnel, n'est toutefois pas discriminatoire⁶⁵. Or, « un lien rationnel et objectif doit exister entre une différence de traitement ou de salaire et les critères de l'ancienneté ou la durée du service⁶⁶ ». L'auteur souligne qu'il serait ardu pour les parties de démontrer que l'introduction d'une clause temporaire représente un critère commun à tous les salariés alors que l'effet concret sera d'assujettir un groupe de salariés à une politique salariale moins favorable.

Alors que l'article 19 de la *Charte* oblige « tout employeur » à accorder un salaire égal à tous les membres du personnel accomplissant un travail équivalent, l'article 16 de la *Charte* prévoit que « nul » ne peut exercer de discrimination dans les conditions de travail ou l'établissement des catégories d'emploi. Cette distinction est importante car elle peut amener une responsabilité partagée entre le syndicat et l'employeur.

Par ailleurs, pour qu'une clause de disparité de traitement soit soumise à l'examen de la *Charte*, il n'est pas nécessaire de démontrer que l'atteinte au droit à l'égalité était intentionnelle⁶⁷ : une règle à l'effet apparemment neutre, qui porte préjudice à une personne ou un groupe de personnes ayant une caractéristique énumérée à l'article 10 de la *Charte*, suffit pour que les protections prévues aux articles 16 et 19 produisent leurs effets, le cas échéant. En effet, « la question n'est pas de savoir si la discrimination est intentionnelle ou si elle est simplement involontaire, c'est-à-dire découlant du système lui-même. Si des pratiques occasionnent des répercussions néfastes pour certains groupes, c'est une indication qu'elles sont peut-être discriminatoires⁶⁸ ». C'est ainsi qu'en 1999, la Cour suprême établit une méthode unifiée d'analyse, abandonnant la distinction entre discrimination directe et indirecte⁶⁹ : il suffit qu'une distinction produise, dans ses effets, une différence de traitement causant un préjudice aux personnes ayant une caractéristique

⁶³ *Charte*, art. 16.

⁶⁴ *Charte*, art. 19 al. 1.

⁶⁵ *Charte*, art. 19 al. 2.

⁶⁶ Michel Coutu, «Les clauses dites orphelins et la notion de discrimination dans la Charte des droits et libertés de la personne» (2000) 55:2 *Relations industrielles* 308 à la p. 320.

⁶⁷ *Colombie Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3, par. 49.

⁶⁸ *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 1114, par.1138.

⁶⁹ *Colombie Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, précité, par. 29: «La distinction entre la discrimination directe et la discrimination indirecte est non seulement malléable, mais encore irréaliste : l'employeur qui, de nos jours, aurait l'intention de faire preuve de discrimination formulerait rarement la règle de manière directement discriminatoire, si le même effet, voire un effet encore plus large, pouvait facilement être obtenu au moyen d'une formulation neutre.»

personnelle énumérée à l'article 10 de la *Charte* pour que ce comportement constitue une discrimination au sens de la *Charte*.

L'introduction dans la convention collective de clauses de disparité de traitement est susceptible de créer une distinction fondée sur l'âge : tel que mentionné précédemment, « il n'est pas requis qu'une distinction fondée sur l'âge soit reliée à un âge précis, il suffit qu'elle produise un effet préjudiciable dans l'exercice d'un droit sur une personne appartenant à un certain groupe d'âge⁷⁰ ».

Comme le rappelait la Cour suprême dans l'affaire *Andrews*, l'analyse de la compromission d'un droit à l'égalité renvoie généralement à une analyse comparative. En effet, « le droit à l'égalité est un concept comparatif dont la matérialisation ne peut être atteinte ou perçue que par comparaison avec la situation des autres dans le contexte sociopolitique où la question est soulevée⁷¹ ». Ainsi, la prépondérance de la preuve devra révéler, entre les groupes de salariés concernés, un « écart significatif du point de vue de l'âge » et pourra être obtenue par le biais d'une preuve statistique qui « visera à comparer la situation du groupe de salariés désavantagés à celle du groupe témoin (les salariés plus anciens) du point de vue de l'âge⁷² ». Lorsque les données révéleront une surreprésentation d'un groupe de salariés, qui présentent des caractéristiques communes, on conclura à l'effet disproportionné chez ces derniers⁷³.

Qu'en est-il des disparités de traitement fondées sur le statut d'emploi? Formellement, aucune disposition législative ne prohibe les disparités de traitement en fonction du statut d'emploi⁷⁴. Malgré l'absence de telles dispositions législatives limitant l'autonomie collective, il fut déjà suggéré que le statut d'emploi puisse être partie intégrante de la condition sociale d'une personne⁷⁵. Ainsi, il serait possible d'invoquer ce motif de discrimination prohibé par la *Charte* pour limiter les disparités de traitement fondées sur le statut d'emploi. Il est important d'évaluer si le statut d'emploi du salarié « en situation de travail non traditionnelle » ou « atypique » est constitutif de sa condition sociale.

⁷⁰ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Laval*, D.T.E. 2009T-232 (T.D.P.Q.), par. 95.

⁷¹ *Andrews c. Law Society of British-Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, 164.

⁷² Michel Coutu, « Les clauses dites orphelins et la notion de discrimination dans la Charte des droits et libertés de la personne » (2000) 55:2 *Relations industrielles* 308 à la p. 314.

⁷³ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Syndicat des constables spéciaux*, D.T.E. 2010T-197 (T.D.P.Q.) (Requêtes pour permission d'appeler accueillies (C.A., 2010-03-30), 500-09-020488-102 et 500-09-020493-102, 2010 QCCA 641). Voir toutefois la décision de la Cour d'appel dans l'affaire *Association des pompiers de Laval c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, D.T.E. 2011T-775 (C.A.) (Requête pour autorisation de se pourvoir à la Cour suprême).

⁷⁴ Il est important de souligner que l'article 41 Lnt prévoit qu'un « employeur ne peut accorder à un salarié un taux de salaire inférieur à celui consenti aux autres salariés qui effectuent les mêmes tâches dans le même établissement, pour le seul motif que ce salarié travaille habituellement moins d'heures par semaine ». Le même article prévoit toutefois que le salarié qui gagne un taux de plus de deux fois le salaire minimum n'est pas visé par cette prohibition.

⁷⁵ Voir à ce sujet Esther Paquet, « Le statut d'emploi : Un élément de la condition sociale? » (2005) 60:1 *Relations industrielles* 64.

Les premières décisions portant sur la notion de condition sociale soulignaient que « dans le langage populaire, "condition sociale" réfère au rang, à la place, à la position qu'occupe un individu dans la société, ou encore à la classe à laquelle il appartient de par sa naissance, de par son revenu, de par son niveau d'éducation, de par son occupation; soit à l'ensemble des circonstances et des événements qui font qu'une personne ou qu'un groupe occupe telle position ou telle situation dans la société⁷⁶ ». La condition sociale permettrait ainsi d'atteindre toutes les minorités qui ne font l'objet d'aucune protection spécifique découlant des autres catégories de l'article 10 de la *Charte*⁷⁷. La notion de condition sociale présente une dimension objective qui renvoie à la classe économique, laquelle se fonde sur le revenu, l'occupation ou l'éducation de la personne, et une dimension subjective qui elle renvoie à la valeur attribuée à une personne en fonction de son revenu, de son occupation ou de son éducation⁷⁸.

Or, le travail atypique se définit par opposition au travail dit typique qui s'exerce à temps complet, selon des horaires réguliers, dans l'établissement de l'employeur et en vertu d'un contrat à durée indéterminée⁷⁹. D'un point de vue objectif, les salariés en situation de travail non traditionnelle se « distinguent donc par une multitude de caractéristiques, ou de conditions d'emploi, qui prennent la forme d'autant d'écarts par rapport à la norme dominante du travail régulier à temps plein⁸⁰ ». D'un point de vue subjectif, le travail atypique « donne lieu à des stéréotypes entretenus dans la société [...] et] plus on s'éloigne du modèle standard de travail, plus le degré d'exclusion augmente⁸¹ ». Pour l'auteure Paquet, « l'effet discriminatoire, c'est-à-dire l'exclusion, résulte d'un processus, d'un système, qui exclut non pas sur la base du niveau de scolarité, de l'expérience ou de la compétence, mais sur la base du statut d'emploi. C'est la nature même du contrat de travail qui provoque l'exclusion ou le traitement différent⁸² ».

Dans une récente décision, le Tribunal des droits de la personne évoqua cette possibilité⁸³. Dans l'affaire *Syndicat des constables spéciaux*, les 17 plaignants étaient des constables

⁷⁶ *Commission des droits de la personne c. Centre hospitalier Saint-Vincent de Paul de Sherbrooke, C.S.*, 450-05-000856-78, 7 septembre 1978, tel que cité par Esther Paquet, *ibid.* à la p. 67.

⁷⁷ Henri Brun et André Binette, « L'interprétation judiciaire de la condition sociale, motif de discrimination par la Charte des droits du Québec » (1981) 22 *Les Cahiers de droit* 681, 686.

⁷⁸ Esther Paquet, « Le statut d'emploi: Un élément de la condition sociale? » (2005) 60:1 *Relations industrielles* 64 à la p. 70.

⁷⁹ Anne Bourhis et Thierry Wils, « L'éclatement de l'emploi traditionnel : les défis posés par la diversité des emplois typiques et atypiques », (2001) 56 *Relations industrielles* 66 à la p. 83 tel que cité par Jean Bernier, Guylaine Vallée et Carol Jobin, *Les besoins de protection sociale des personnes en situation de travail non traditionnelle*, Rapport final du Comité d'experts chargé de se pencher sur les besoins de protection sociale des personnes vivant une situation de travail non traditionnelle, Gouvernement du Québec, 2003 à la p. 31.

⁸⁰ Esther Paquet, « Le statut d'emploi : Un élément de la condition sociale? » *Relations industrielles* (2005) 60 :1 64 à la p. 70.

⁸¹ *Ibid.* à la p. 74.

⁸² *Ibid.* à la p. 77.

⁸³ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Syndicat des constables spéciaux*, D.T.E. 2010T-197 (T.D.P.Q.) (Requêtes pour permission d'appeler accueillies (C.A., 2010-03-30), 500-09-020488-102 et 500-09-020493-102, 2010 QCCA 641).

spéciaux assujettis à la *Loi sur la fonction publique* dont le statut d'emploi était occasionnel. Dans le but de réduire les dépenses, le ministère de la Sécurité publique négocia avec le syndicat une modification de la convention collective alors en vigueur. La *Lettre d'entente relative à la mesure de départs assistés et au concours de recrutement réservé aux occasionnels* imposait une différence de traitement uniquement aux constables spéciaux occasionnels en créant une nouvelle échelle salariale. Le Tribunal condamna solidairement les parties au contrat collectif dans une proportion de 70 % pour l'employeur et de 30 % pour le syndicat. Selon les données statistiques, il y avait surreprésentation de jeunes employés ayant un statut d'occasionnel et, en conséquence, cela entraînait un effet disproportionné de l'entente à l'égard de ces derniers. Le Tribunal nota qu'il y avait un écart de 16 ans entre l'âge moyen des constables spéciaux occasionnels et celui des permanents et que leurs conditions de travail différaient, même si tous les constables spéciaux courent les mêmes risques et exercent les mêmes fonctions.

Dans un important *obiter*, la juge Pauzé évoqua également la possibilité qu'il s'agisse « d'effets d'exclusion discriminatoires au motif, interdit par la *Charte*, de la condition sociale de ces personnes qui constituent un groupe socialement identifiable en raison des désavantages, aux plans économique et social, qu'elles ont en commun⁸⁴ ». Puisque la question de la discrimination fondée sur la condition sociale n'a pas été soulevée dans le dossier, le Tribunal ne pouvait donc « que souligner l'intérêt de cette question qui apporte un éclairage particulier à la discrimination susceptible de découler des nouvelles formes d'organisation du travail⁸⁵ ».

Dans cette décision, le Tribunal mentionne également que la combinaison du statut d'emploi à d'autres facteurs, tels que le sexe, l'origine ethnique et l'âge, « peut entraîner des conditions de travail moins avantageuses, voire un effet d'exclusion par rapport à certaines protections professionnelles et sociales⁸⁶ ». L'approche « contextualisée » est sensible au phénomène de la discrimination intersectionnelle qui tient compte de l'effet particulier découlant de l'interaction ou du chevauchement de plusieurs motifs prohibés de discrimination⁸⁷. Pour mémoire, cette approche met l'accent sur la façon dont la société appréhende une personne et répond au fait que « la discrimination a évolué et qu'elle a tendance à être moins ouverte et plus subtile, et à s'exprimer à de multiples niveaux, systémiques, environnementaux et institutionnels⁸⁸ ».

⁸⁴ *Ibid.* par. 214.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ *Ibid.* par. 216.

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ Commission ontarienne des droits de la personne, *Approche intersectionnelle de la discrimination*, Document de travail, 2001 à la p. 4 tel que cité par la juge Pauzé dans *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Syndicat des constables spéciaux*, D.T.E. 2010T-197 (T.D.P.Q.) (Requêtes pour permission d'appeler accueillies (C.A., 2010-03-30), 500-09-020488-102 et 500-09-020493-102, 2010 QCCA 641), par. 216.

C. L'interférence entre les dispositions de la *Loi sur les normes du travail* et de la *Charte des droits et libertés de la personne* : l'affaire *Association des pompiers de Laval*

Tel qu'évoqué plus tôt, les dispositions visant à interdire les disparités de traitement furent introduites dans la *Loi sur les normes du travail* au tournant du millénaire. Cette intervention législative avait pour but d'interdire aux parties au contrat individuel ou collectif de travail d'introduire des clauses dites orphelin fondées uniquement sur la date d'embauche et ce, que ces clauses soient jugées discriminatoires ou non en vertu de la *Charte*. C'est dans ce contexte qu'il nous apparaît indispensable de commenter la récente décision de la Cour d'appel dans le dossier *Association des pompiers de la Ville de Laval*⁸⁹. Dans cette affaire, la Cour d'appel infirma une décision du Tribunal des droits de la personne dans laquelle ce dernier constatait le caractère discriminatoire d'échelles salariales variant selon la date d'embauche et condamnait solidairement l'employeur et le syndicat au paiement de dommages-intérêts.

Dans cet arrêt, la Cour d'appel estima que la disparité de traitement, condamnée par le jugement de première instance n'est pas illégale et ce, compte tenu des dispositions prévues à la *Loi concernant la négociation d'ententes relatives à la réduction des coûts de main-d'œuvre dans le secteur municipal*⁹⁰, mais aussi de l'article 87.3 Lnt; chacun de ces instruments législatifs permettant, aux yeux de la Cour, des distinctions fondées sur l'âge, au sens de l'article 10 de la *Charte*.

a. Le contexte

La Loi 414, adoptée par la législature provinciale en 1998, pourvoyait à des réductions des coûts de main-d'œuvre pouvant atteindre 6 %. En effet, les articles 5, 9 et 34 de la Loi 414 prévoyaient que les salaires (de même que les primes, allocations et indemnités de remplacement) pouvaient être affectés par les mesures d'économie envisagées par cette loi. L'article 9 de la Loi 414 posait une seule condition : aucune modification aux **taux et échelles de salaires** ne pouvait être imposée aux salariés qui étaient *alors* à l'emploi de l'organisme municipal.

b. Les faits

Au terme de négociations assez ardues, l'employeur et l'association syndicale convinrent d'augmenter l'amplitude de l'échelle salariale applicable aux salariés embauchés après la signature de la convention collective tout en conservant l'ancienne échelle, plus

⁸⁹ *Association des pompiers de Laval c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, D.T.E. 2011T-775 (C.A.) (Requête pour autorisation de se pourvoir à la Cour suprême).

⁹⁰ L.Q. 1998, c. 2 (ci-après « Loi 414 »). Il est utile de souligner que cette loi est l'une des mesures adoptées par le gouvernement de Lucien Bouchard visant à « assainir les finances publiques » afin d'atteindre le déficit zéro. Il est intéressant de noter que c'est ce même gouvernement qui modifiera, moins d'un an plus tard, la *Loi sur les normes du travail* pour y ajouter les dispositions interdisant les clauses de disparités de traitement.

avantageuse, pour les salariés déjà à l'emploi de la Ville. Une telle manœuvre faisait en sorte que le délai pour atteindre le sommet de l'échelle serait plus long pour les nouveaux salariés⁹¹.

Ces échelles salariales, établies dans la convention collective 1998-2000 furent reconduites lors des deux conventions collectives subséquentes. Or, le dernier des pompiers embauchés avant le 10 juin 1998 et bénéficiant de l'échelle avantageuse en atteindra le sommet le 7 janvier 2002, soit 55 mois plus tard. À compter de cette date, *de facto*, il n'existe plus qu'une seule échelle salariale pour tous les pompiers, soit l'échelle dont l'amplitude fut augmentée.

c. Les prétentions des parties

Il est utile de souligner que dans cette affaire, l'employeur et le syndicat plaidaient d'abord que ces clauses ne créaient pas un écart salarial ayant un effet disproportionné chez les jeunes pompiers. Subsidiairement, et dans la mesure où le Tribunal concluait que l'échelle salariale appliquée aux pompiers embauchés après le 10 juin 1998 constituait une distinction fondée sur l'âge, les parties soutenaient également qu'il s'agissait d'une distinction assujettie à l'exception prévue à l'article 10 de la *Charte* qui interdit les distinctions fondées sur « l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi ». Cette discrimination « permise » par la loi découlerait, aux yeux des parties au contrat collectif de travail, d'abord des conditions posées par la Loi 414, mais également de l'article 87.3 Lnt.

d. La décision du Tribunal des droits de la personne

Le Tribunal des droits de la personne, dans son jugement de première instance, crédite l'argument de la Commission des droits de personne voulant qu'une majorité de jeunes pompiers âgés de 20 à 34 étaient visés par l'échelle salariale désavantageuse⁹². Le Tribunal rejeta également l'argument des parties défenderesses selon lequel la mesure contestée était en fait une distinction assujettie à l'exception prévue à l'article 10 de la *Charte* qui interdit les distinctions fondées sur « l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi ». En effet, pour le Tribunal, bien que les mesures d'économie ne pouvaient porter sur les « taux et échelles de salaires applicables aux salariés qui sont alors à l'emploi de l'organisme », la Loi 414 n'obligeait d'aucune manière les parties à adopter deux échelles de salaires distinctes en fonction de l'âge ou de la date d'embauche⁹³. Ainsi, le Tribunal détermina que la Loi 414

⁹¹ En effet, une première clause établissait que les pompiers embauchés après le 10 juin 1998 étaient soumis à l'échelle salariale comprenant 9 échelons s'étalant sur une période de 73 mois, et une deuxième, que ceux embauchés avant le 10 juin 1998 étaient soumis à l'échelle salariale comprenant 6 échelons s'étalant sur 55 mois.

⁹² « Compte tenu de tous ces éléments et dans la mesure où la preuve statistique démontre, *prima facie*, qu'en date des plaintes à la Commission, l'échelle salariale désavantageuse s'appliquait à 69,7% des pompiers âgés de 20 à 34 ans, alors que 97,58% des pompiers de 35 ans et plus ne sont pas visés par cette échelle, le Tribunal conclut que l'application de deux échelles salariales constitue une distinction fondée sur l'âge », *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Ville de Laval*, D.T.E. 2009T-232 (T.D.P.Q.), par. 74.

⁹³ *Ibid.* par. 178.

ne permettait pas de déroger à la *Charte* et souleva que les parties auraient dû recourir à une mesure d'économie par le biais de laquelle tous les salariés auraient pu contribuer à l'effort constrictif et non seulement le seul groupe désavantagé⁹⁴.

Par ailleurs, le Tribunal rejeta également l'argument de l'employeur et du syndicat à l'effet que les clauses prévoyant l'application de deux échelles distinctes en fonction d'une date d'embauche seraient conformes aux prescriptions de la Lnt, au motif que ces clauses n'ont qu'un effet temporaire et se résorbe à « l'intérieur d'un délai raisonnable⁹⁵ ». Une fois de plus, le Tribunal estime que l'article 87.3 Lnt ne prévoit pas de distinction fondée sur l'âge et qu'ainsi, cette disposition ne peut constituer une disposition législative se qualifiant pour l'exception « sauf dans la mesure prévue par la loi » prévue à l'article 10 de la *Charte*⁹⁶.

e. Le jugement de la Cour d'appel

Le jugement de la Cour d'appel, sous la plume de l'Honorable juge Marie-France Bich, ne souscrit pas aux motifs de la Juge de première instance. D'entrée de jeu, la Cour émettra des réserves quant à l'approche méthodologique employée par la Commission des droits de la personne pour établir la distinction fondée sur l'âge. La Cour se demande s'il convenait de comparer les pompiers embauchés après le 10 juin 1998 à l'*ensemble* des pompiers embauchés avant cette date et ce, comme ces derniers, en majorité, avaient, avant même le 10 juin 1998, atteint le sommet de l'échelle qui leur était alors applicable⁹⁷. La Cour s'interroge à savoir s'il n'aurait pas été plus approprié de comparer le groupe de pompiers visés par la nouvelle échelle avec ceux visés par l'échelle originelle et qui gravissaient encore les échelons. Malgré tout, la Cour tiendra pour avéré que la double échelle constituait une discrimination indirecte fondée sur l'âge mais accueillera l'appel pour d'autres motifs. En somme, la Cour d'appel fera droit aux arguments des parties défenderesses et soutiendra que la disparité de traitement contestée était en fait permise par la loi, conformément à l'exception prévue à l'article 10 de la *Charte* en matière de discrimination fondée sur l'âge.

En effet, la Cour rappellera que « les distinctions, exclusions ou préférences fondées sur l'âge ne sont donc pas contraires à l'article 10 lorsqu'elles sont permises par la loi, loi qui elle-même n'est alors pas contraire à l'article 52 nonobstant le fait qu'elle ne comporte pas la clause dérogatoire que prévoit cette disposition⁹⁸ ». Or, selon la Cour, il ressort des dispositions contenues à la Loi 414 que les parties devaient réduire les salaires tout en conservant les échelles salariales des salariés embauchés avant la signature de la convention collective⁹⁹. Elle conclue en statuant que la Loi 414 autorisait la Ville et l'Association à adopter les articles de la convention collective établissant la double échelle

⁹⁴ *Ibid.* par. 179.

⁹⁵ En effet, l'article 87.3 prévoit l'écart entre le salaire appliqué au salarié et le taux ou l'échelle établi pour être applicable à l'ensemble de ces salariés ne dérogera pas aux articles 87.1 Lnt et suivants dans la mesure où cet écart se résorbe progressivement, à l'intérieur d'un délai raisonnable.

⁹⁶ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Ville de Laval*, D.T.E. 2009T-232 (T.D.P.Q.), par. 179.

⁹⁷ *Ibid.* par. 40.

⁹⁸ *Ibid.* par. 46.

⁹⁹ *Ibid.* par. 52.

et que la distinction qui en résulte est peut-être fondée sur l'âge au sens de l'article 10 de la *Charte*, mais elle bénéficie de l'exception dont est assorti ce motif de discrimination¹⁰⁰. En effet, toujours selon la Cour, le législateur, se comportant de façon rationnelle et connaissant les prédictions de la Charte, aurait permis cette mesure d'économie particulière bien qu'elle ait comme effet de désavantager les salariés nouvellement embauchés, c'est-à-dire les plus jeunes.

La Cour d'appel accueille également les arguments des défenderesses qui plaidaient que l'exception prévue à l'article 87.3 Lnt réchappait la clause en litige¹⁰¹, celle-ci s'étant résorbée en 31 mois. Elle estime que le fait que l'article 87.3 Lnt ne renvoie pas à un âge particulier est en effet sans importance¹⁰². Pour la Cour, « l'histoire législative des articles 87.1 à 87.3 Lnt et les travaux qui en précèdent l'adoption montrent, sans équivoque, que le législateur entend prohiber les clauses de disparité salariale principalement en raison de leur effet discriminatoire sur les catégories de salariés plus jeunes¹⁰³ ». Pour la Cour, le souci que les jeunes ne soient pas l'objet d'un traitement discriminatoire sur le plan des conditions de travail est au cœur de l'intervention législative : « celle-ci, sans doute, ne protégera pas que les jeunes, mais ces derniers en seront les principaux bénéficiaires, ce qui est l'objectif recherché¹⁰⁴ ». Ainsi, la disparité de traitement s'étant résorbée dans un délai raisonnable, l'exception posée par l'article 87.3 Lnt peut être invoquée et ce, compte tenu que l'article 87.3 Lnt permet une distinction fondée sur l'âge¹⁰⁵. Selon la Cour, la loi, peut, **directement ou indirectement**, permettre une distinction fondée sur l'âge¹⁰⁶. Elle conclue en soulignant que la distinction fondée sur la date d'embauche peut se superposer à une distinction fondée sur l'âge, et ce, tant aux fins de l'article 10 de la *Charte* qu'aux fins des articles 87.1 et suivants Lnt¹⁰⁷.

Nous nous permettrons quelques commentaires sur les motifs de cette décision; nous les déclinons en deux temps. D'entrée de jeu, la Cour d'appel rejette l'argument de la Commission des droits de la personne à l'effet que les parties auraient pu convenir de se plier aux exigences de la Loi 414 tout en respectant le principe d'égalité prévu par la *Charte* en choisissant, par exemple, de couper, à tous les pompiers, une partie des congés de maladie ou des jours fériés additionnels. La Cour estime que d'abonder en ce sens reviendrait à ignorer le texte de la Loi 414 qui « autorise clairement la modification de *toutes* les conditions de travail à portée salariale contenues à une convention collective, *sauf* quant aux **taux et aux échelles de salaires** applicables aux salariés *alors* en poste¹⁰⁸ ». Or, l'introduction de personnel temporaire afin de réduire les coûts associés au temps

¹⁰⁰ *Ibid.* par. 54.

¹⁰¹ Cette disposition prévoit qu'une disparité de traitement se résorbant dans un délai raisonnable n'est pas interdite.

¹⁰² *Association des pompiers de Laval c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, D.T.E. 2011T-775 (C.A.) (Requête pour autorisation de se pourvoir à la Cour suprême), par. 68.

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ *Ibid.* par. 69.

¹⁰⁵ *Ibid.* par. 73.

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ *Ibid.* par. 74.

¹⁰⁸ *Ibid.* par. 52.

supplémentaires, la réduction des congés de maladie ou des jours fériés en plus de ceux exigés par la *Loi sur les normes du travail* ne constituent pas un taux de salaire ou une échelle salariale¹⁰⁹; les congés et les jours fériés sont certainement rémunérés en fonction des taux de salaire en vigueur mais ne sont pas constitutifs de ceux-ci.

Par ailleurs, nous estimons également que l'interprétation de la Cour d'appel quant à l'interférence entre la *Charte* et la *Loi sur les normes du travail* ne coïncide pas avec l'intention du législateur. En effet, comme le rappelait le ministère du Travail en 1998, l'introduction de clauses de disparité de traitement « engendrent beaucoup de frustration, créent un clivage entre les anciens et les nouveaux et génèrent des tensions au sein des entreprises concernées¹¹⁰ ». Dans les années qui précédèrent ces modifications législatives, plusieurs, dont la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, considéraient que les clauses « orphelin » affectaient principalement les jeunes, constituant ainsi une discrimination indirecte. Or, au moment de l'adoption de ces nouvelles dispositions, aucune étude ne démontrait clairement qu'uniquement les jeunes faisaient les frais des clauses de disparité de traitement fondées sur une date d'embauche¹¹¹. C'est donc dans ce contexte que la *Loi sur les normes du travail* fut modifiée pour y inclure des dispositions complémentaires à celles interdisant la discrimination contenues à la *Charte*.

S'il est possible qu'une disparité de traitement prohibée par l'article 87.1 Lnt constitue également une discrimination fondée sur l'âge, ce n'est pas systématiquement le cas. Il importe de distinguer les circonstances dans lesquelles ces dispositions furent adoptées des motivations qui poussèrent le législateur à agir. S'il est vrai que le souci originel ayant encouragé le législateur à légiférer sur cette question découlait de la mise en abîme de l'équité intergénérationnelle générée par les clauses de disparité de traitement, les dispositions ajoutées à la *Loi sur les normes du travail* ne constituaient pas une reformulation des protections déjà existantes dans la *Charte*.

À cet effet, il nous apparaît judicieux de reproduire les propos de la ministre du Travail de l'époque, qui, à l'occasion de l'étude détaillée du *Projet de loi n° 67 - Loi modifiant la Loi sur les normes du travail en matière de disparités de traitement* et en réponse à une question d'un député de l'opposition, vint préciser la portée des interférences entre les amendements proposés à la *Loi sur les normes du travail* et les dispositions contenues à la *Charte* :

D'abord, je tiens à rappeler au député d'Outremont que le projet de loi n° 67 ne se substitue pas à la Charte des droits. Le projet de loi n° 67, c'est une intervention complémentaire. La Charte existera toujours, elle aura toujours préséance.

¹⁰⁹ Il n'est toutefois pas exclu qu'une telle disparité de traitement soit illicite au sens de la *Charte* ou de la *Loi sur les normes du travail*.

¹¹⁰ Ministère du Travail, *Vers une équité intergénérationnelle – Document de réflexion sur les clauses «orphelin» dans les conventions collectives*, 11 juin 1998 à la p.2.

¹¹¹ *Ibid.* à la p. 6.

Donc, notre projet de loi ne porte pas sur la discrimination basée sur l'âge, parce que la Charte prévoit ce qu'il faut. Notre projet de loi intervient de manière plus large et notre projet de loi pose comme postulat qu'il y a des clauses de disparité de traitement à partir du moment où il y a une condition différente et moins avantageuse en fonction de la date d'embauche. Alors, c'est une intervention, donc, complémentaire à la Charte des droits de la personne¹¹².

Finalement, les conclusions de la Cour d'appel quant à la possibilité d'invoquer l'article 87.3 Lnt en tant qu'exception prévue à l'article 10 de la *Charte* a pour effet de nier la spécificité normative de chacun de ces régimes. Bien qu'il soit possible qu'une clause de disparité de traitement constitue une discrimination fondée sur l'âge, il n'est pas impossible que celle-ci ne soit pas fondée sur une date d'embauche¹¹³. Inversement, une disparité de traitement fondée sur une date d'embauche ne comporte pas nécessairement de discrimination fondée sur un des motifs prévus à l'article 10 de la *Charte*¹¹⁴.

Par ailleurs, les motifs de la Cour d'appel quant aux discriminations fondées sur l'âge que peuvent prévoir différents instruments normatifs ne semblent pas non plus faire écho à l'intention du législateur. En effet, en 1982, l'âge fut ajouté comme motif prohibé de discrimination à l'article 10 de la *Charte* mais le législateur choisit alors de prévoir qu'une loi pouvait contenir une telle discrimination. La lecture des travaux parlementaires nous éclaire quant aux objectifs visés par le législateur en introduisant cette exception :

Le second motif que nous avons voulu ajouter à notre Charte est le motif de l'âge, ce qui devrait, notamment, dans les domaines de l'emploi et du logement, donner de nouveaux recours aux personnes âgées et aux jeunes victimes de discrimination. [...]

Or, de nombreuses lois édictent des dispositions relatives à l'âge sans nécessairement être discriminatoires à l'égard des personnes visées. À titre d'exemple, je pense, entre autres, au Code civil, qui prévoit des règles spéciales pour les mineurs, à la Loi sur la protection de la jeunesse, à la Loi électorale, à la Loi sur les infractions en matière de boissons alcooliques et à toutes les autres lois qui prévoient des dispositions particulières en raison de l'état de minorité. Il nous a donc paru préférable de tenir compte de ces situations¹¹⁵.

¹¹² Assemblée nationale, Commission de l'économie et du travail, *Étude détaillée du projet de loi n° 67 - Loi modifiant la Loi sur les normes du travail en matière de disparités de traitement*, 1^{er} décembre 1999.

¹¹³ Dans l'affaire *Syndicat des constables spéciaux*, il est impossible de déceler une quelconque date d'embauche, la disparité de traitement étant fondée sur le statut d'emploi mais comportant une discrimination indirecte fondée sur l'âge, *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Syndicat des constables spéciaux*, D.T.E. 2010T-197 (T.D.P.Q.) (Requêtes pour permission d'appeler accueillies (C.A., 2010-03-30), 500-09-020488-102 et 500-09-020493-102, 2010 QCCA 641)

¹¹⁴ C'était le cas notamment dans l'affaire *Progistix-Solutions inc. c. Commission des normes du travail*, D.T.E. 2009T-804 (C.A.).

¹¹⁵ Assemblée nationale, *Étude détaillée du projet de loi Charte des droits et libertés de la personne*, 1^{er} décembre 1982.

La question demeure entière : est-ce que le législateur, en introduisant l'expression « sauf dans la mesure prévue par la Loi », entendait autoriser que des lois puissent, indirectement, permettre une distinction fondée sur l'âge? Nous estimons que l'expression « sauf dans la mesure prévue par la loi » n'a que pour conséquence de permettre au législateur, lorsqu'il le juge opportun, de prévoir explicitement une « discrimination » fondée sur l'âge. De plus, comme le rappelait la Cour suprême dans l'affaire *Ville de Brossard*, les exceptions contenues aux lois en matière de droits de la personne doivent s'interpréter restrictivement puisqu'elles suppriment des droits qui autrement recevraient une interprétation libérale¹¹⁶. Or, comment une telle exception, balisée dès son adoption, conjuguée au principe de prévisibilité et de stabilité du droit, se réconcilie-elle avec la notion « d'exception indirecte » privilégiée par la Cour d'appel dans ce jugement? Comme le rappelle la *Loi sur l'interprétation*, une loi comme la *Loi sur les normes du travail*, qui est réputée avoir pour objet de reconnaître des droits, d'imposer des obligations ou de favoriser l'exercice des droits, ou encore de remédier à quelque abus ou de procurer quelque avantage, doit recevoir une interprétation large, libérale, qui assure l'accomplissement de son objet et l'exécution de ses prescriptions suivant leurs véritables sens, esprit et fin¹¹⁷. Pour ce faire, ses exceptions doivent être interprétées restrictivement¹¹⁸. Nous estimons que l'exclusion prévue à l'article 87.3 Lnt ne devrait pas pouvoir être mobilisée pour limiter l'accès à une protection relevant d'un autre corpus normatif, quasi-constitutionnel de surcroît.

III. L'introduction de disparités de traitement dans les régimes complémentaires de retraite : quelques réflexions sous forme d'hypothèses

Un régime de retraite est un contrat en vertu duquel le participant bénéficie d'une prestation de retraite dans des conditions et à compter d'un âge donnés et dont le financement est assuré par des cotisations à la charge soit de l'employeur seul ou de l'employeur et du participant¹¹⁹.

Les régimes complémentaires de retraite sont encadrés par un instrument normatif qui fut adopté en 1990 par le législateur québécois¹²⁰; en milieu syndiqué, ceux-ci sont négociés entre les parties au contrat collectif de travail. Certains régimes sont à prestations déterminées et d'autres, à cotisation déterminée. Le régime de retraite est à cotisation déterminée s'il détermine à l'avance les cotisations patronales et, le cas échéant, les cotisations salariales, ou la méthode pour les calculer, et si la rente normale est fonction des sommes portées au compte du participant¹²¹. Il est à prestations déterminées lorsque la

¹¹⁶ *Ville de Brossard c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279, par. 56.

¹¹⁷ *Loi sur l'interprétation*, L.R.Q., c. I-16, art. 41.

¹¹⁸ Sur cette question, voir *CNT c. Les Chérubins de Médécis*, DTE 2006T-333 (C.Q.); *Commission des normes du travail c. Association régionale de kin-ball Lanaudière*, D.T.E. 2006T-36 (C.Q.). Voir également *Québec (Communauté urbaine) c. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 R.C.S. 3 à la p.20 tel qu'interprété par Pierre-André Côté, *Interprétation des lois*, Montréal, Thémis à la p. 633.

¹¹⁹ *Loi sur les Régimes complémentaires de retraite*, LRQ, c R-15.1, art. 6.

¹²⁰ Il s'agit de la *Loi sur les Régimes complémentaires de retraite*, LRQ, c R-15.1 (ci-après Loi RCR).

¹²¹ *Ibid.* art. 7, al. 1.

rente du participant est un montant déterminé et ce, indépendant de la rémunération du participant, ou un montant qui correspond à un pourcentage de cette rémunération¹²².

Les transformations en cours dans les régimes complémentaires de retraite donnent lieu à un certain nombre d'enjeux particuliers relatifs aux disparités de traitement et à leur encadrement juridique. Ils constituent une part significative de la rémunération globale des travailleurs et sont régulièrement au cœur des enjeux de négociation collective. Récemment, différents conflits de travail ont eu pour objet principal le régime de retraite et la volonté de l'employeur de mettre en place un mécanisme de disparité de traitement dans les régimes complémentaires de retraite offerts aux travailleurs.

Ainsi, il apparaît impératif de résumer les enjeux contemporains associés aux régimes de retraite ainsi que d'illustrer les distinctions entre les différents types de régime (A). Nous aborderons la question de l'émergence des disparités de traitement en matière de régimes complémentaires de retraite et évoquerons l'encadrement juridique de ceux-ci (B).

A. Régimes complémentaires de retraite : quelques précisions de nature didactique

Un nombre de plus en plus important d'employeurs remet en question les régimes complémentaires de retraite et ce, afin d'opérer une baisse des coûts associés à ceux-ci et de favoriser un transfert, supporté traditionnellement par l'employeur, vers les personnes salariées et retraitées. Sans se livrer à une analyse exhaustive, on peut tout de même évoquer un ensemble de développements à la source de ce changement de cap.

Certains facteurs sont d'ordre structurel : la maturité des régimes, c'est-à-dire la hausse de la proportion du ratio retraités/travailleurs cotisants, l'augmentation continue de l'espérance de vie et du nombre d'années durant lesquelles des prestations seront versées à chaque rentier. À cela s'ajoute l'incidence des normes comptables ainsi que l'application des normes de solvabilité des entreprises qui ont un impact négatif significatif sur les flux de trésorerie, le bilan et les résultats financiers de l'entreprise, ainsi que l'évolution des rapports de force entre employeurs et syndicats.

D'autres facteurs sont davantage conjoncturels : les mauvais rendements boursiers (particulièrement en 2001, 2008 et 2011) ainsi que la baisse des taux d'intérêt, qui a eu pour effet de faire grimper le coût du passif de solvabilité des régimes, n'en sont que quelques exemples¹²³.

C'est dans ce contexte que de plus en plus d'employeurs désirent passer d'un régime

¹²² *Ibid.* art. 7, al. 2.

¹²³ À titre d'illustration, la firme d'actuaire Mercer publie un indice de santé financière qui mesure l'évolution de la solvabilité d'une caisse de retraite typique : entre 1995 et la fin 2011, la valeur typique de l'actif a augmenté d'un facteur de 3,24 mais, pendant le même temps, en raison en particulier de la baisse des taux d'intérêt, la valeur du passif a bondi de plus de six fois. Résultat net : une caisse qui aurait commencé la période avec un taux de solvabilité de 100% l'a terminée avec un taux de 53,6%, selon la firme d'actuaire.

complémentaire de retraite à prestations déterminées, où la rente viagère est garantie par le régime (d'où la possibilité d'une cotisation d'équilibre¹²⁴ de la part de l'employeur en cas de déficit), à un régime à cotisation déterminée, qui permet à l'employeur de prédéterminer la cotisation, mais dans le cadre duquel les montants retirés à la retraite seront liés au rendement de la caisse, sans garantie que ces sommes seront stables ou suffisantes jusqu'au décès éventuel du participant.

Or, le mouvement des employeurs visant à terminer leurs régimes à prestations déterminées afin de mettre sur pied des régimes à cotisation déterminée s'est heurté à une contrainte juridique et financière de taille. En effet, l'employeur qui envisage de terminer un régime en déficit de solvabilité doit alors, en vertu des exigences des articles 228 et 229 de la Loi RCR, verser *immédiatement* le montant requis pour combler tout déficit de terminaison et ramener le régime à un taux de solvabilité de 100%. En effet, la Loi RCR fait du déficit de solvabilité une dette et oblige ainsi l'employeur à combler ce déficit dès la date de terminaison, mais la Régie des rentes *peut* permettre à l'employeur d'étaler sur cinq ans le versement de la somme. Les niveaux élevés de déficits ont fait en sorte que beaucoup d'entreprises ont préféré espérer un meilleur rendement sur les marchés et la remontée éventuelle des taux d'intérêts afin de ramener les régimes en équilibre avant d'envisager de terminer sans devoir engager de tels déboursés. On peut donc imaginer qu'il s'agit, dès lors, de régimes en sursis.

C'est dans ce contexte que, depuis quelques années, on a vu émerger la mise en place de clauses de disparité de traitement dans les régimes complémentaires de retraite, généralement introduites au moment du renouvellement de la convention collective. Il sera alors convenu, par exemple, que les salariés embauchés après la signature de la convention collective auront un régime complémentaire à cotisation déterminée alors que ceux déjà à l'emploi jouiront d'un régime à prestations déterminées. Voici une illustration concrète du mécanisme qui pourrait alors être mis en place chez un employeur :

¹²⁴ La cotisation d'équilibre est la cotisation qui doit être versée par l'employeur pour combler, sur un certain nombre d'années, un déficit actuariel constaté lors d'une évaluation actuarielle. Cette cotisation d'équilibre s'ajoute à la cotisation requise pour le service courant. Selon qu'il s'agit d'un déficit de capitalisation ou de solvabilité, la période pour amortir ce déficit peut aller jusqu'à 15 ans (exceptionnellement, il est actuellement de 10 ans en raison des mesures d'allégement en vigueur).

Tableau 1 : Exemple d’une clause de disparité de traitement en ce qui a trait au régime complémentaire de retraite

Quels sont les travailleuses et travailleurs visés ?	Ceux en place au moment de la signature de la convention collective	Ceux embauchés après l’entrée en vigueur de la nouvelle convention collective	
Type de régime	Régime à prestations déterminées	Régime à cotisation déterminée	
Adhésion	Obligatoire	Facultative, avec 3 niveaux de cotisation au choix du participant	
Cotisation versée pour le service courant	Cotisation patronale 15%	Cotisation patronale	Cotisation salariale
		0%	0%
		3%	2%
		6%	4%
Cotisation patronale d’équilibre (déficit actuariel)	20%		
Cotisation totale	35%	6%	4%

On peut voir dans cet exemple plusieurs disparités dans le régime de retraite en vigueur selon que le salarié était en place au moment de la signature de la convention collective ou qu’il fut embauché ultérieurement. En effet, les salariés en place conservent un régime à prestations déterminées tandis que les nouveaux salariés participent à un régime à cotisation déterminée. De plus, dans cet exemple, le régime existant pour les salariés déjà à l’emploi est un régime à adhésion obligatoire, tandis que le nouveau régime est à adhésion facultative, avec trois paliers de cotisation au choix du participant.

Toujours suivant notre exemple, le niveau de la cotisation de l’employeur est plus élevé dans le cas du régime originel (cotisation de 15% assumée exclusivement par l’employeur) alors que la cotisation *maximale* dans le nouveau régime mis en place est inférieure (10%), (dont seulement 6% est assumé par l’employeur). Au surplus, il est utile de constater qu’il est fort possible que l’employeur soit dans l’obligation de verser une cotisation additionnelle pour pallier au déficit de solvabilité du régime à prestations déterminées (il s’agira de 20% du salaire dans l’exemple ci-contre).

Une telle clause de disparité de traitement est-elle légale? La Loi RCR prévoit-elle des dispositions et des recours en cette matière? Bien qu’il n’y ait pas de jurisprudence sur cette question, une lecture du texte de la Loi ainsi que des annotations rédigées par la Régie des rentes du Québec, organisme chargé de la mise en œuvre de cette loi, nous permettent d’échafauder quelques hypothèses (a). De plus, il nous semble également opportun de nous interroger quant au cadre réglementaire proposé par les instruments normatifs établissant certaines dispositions favorisant une égalité de traitement (b).

B. Disparités de traitement et régimes complémentaires de retraite : quel cadre normatif?

- a. L'exigence de l'équivalence des régimes prévue à la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*

La Loi RCR prévoit, à certaines conditions, que les travailleurs qui exécutent un travail similaire ou identique à celui exécuté par les participants appartenant à la catégorie de travailleurs en faveur de laquelle le régime est établi ont le droit d'adhérer au régime en place ou à un régime prévoyant des droits équivalents. De façon plus précise, l'article 34 de la Loi RCR prévoit que :

«34. À moins que soit établi un autre régime auquel ils peuvent adhérer et **prévoyant des droits équivalents**, ont droit d'adhérer à un régime de retraite, aux mêmes conditions que les participants, les travailleurs qui exécutent un travail similaire ou identique à celui exécuté par les participants appartenant à la catégorie de travailleurs en faveur de laquelle le régime est établi et qui, pendant l'année civile ayant précédé celle au cours de laquelle a été faite la demande d'adhésion, ont satisfait à l'une ou l'autre des conditions suivantes :

- 1° avoir reçu de l'employeur une rémunération au moins égale à 35% du maximum des gains admissibles établi, pour l'année de référence, conformément à la Loi sur le régime de rentes du Québec (chapitre R-9);
- 2° avoir été au service de l'employeur pendant au moins 700 heures.

Pour l'application du premier alinéa, ne constitue pas une condition le caractère facultatif ou obligatoire de l'adhésion. »

Dans un document publié quelques mois seulement après l'adoption de la Loi RCR, la Régie des rentes avait donné une interprétation assez large quant à la définition de l'expression « catégorie visée » :

«L'appartenance à la catégorie visée par le régime étant essentielle à l'admissibilité du travailleur au régime, l'on ne peut, à moins que ne soit établi un régime équivalent pour les travailleurs qui en seraient exclus, utiliser pour la définition de la catégorie visée par le régime des éléments tels le nombre d'heures travaillées, la rémunération annuelle ou le nombre d'années de travail continu de façon à rendre inadmissibles au régime des travailleurs auxquels l'article 34 veut garantir un droit d'adhésion¹²⁵ ».

Dans le même écrit, la Régie poursuivait en affirmant :

¹²⁵ Régie des rentes du Québec, «Le droit d'adhésion à un régime complémentaire de retraite», *La Lettre sur les régimes complémentaires de retraite*, Numéro 9, 1990 à la p. 3.

«Parmi les éléments utilisés pour définir la catégorie de travailleurs que vise le régime et qui, au sens de l'article 39 sont acceptables, il y a :

- Le type de rémunération (ex. : travailleurs à salaire fixe, travailleurs à taux horaire);
- Le type de travailleurs (ex. : cadres, professionnels);
- L'appartenance ou non à un syndicat ou à une association de travailleurs¹²⁶ ».

Dans une publication de la Régie parue quelques années plus tard, la Régie des rentes rappelait que «les catégories retenues pour les fins du Régime de retraite doivent être établies en fonction des caractéristiques qui existent au sein de l'entreprise, et non en fonction de critères élaborés uniquement pour contourner le droit d'adhésion consacré par l'article 34¹²⁷ ».

Dans ce même document, la Régie précisait ce qui suit :

«Si elle est saisie d'une demande formulée en vertu de l'article 35, la Régie pourra donc vérifier comment se sont effectuées les désignations et, si elle en vient à la conclusion que la façon de procéder n'est pas conforme à l'article 34, elle pourra ordonner l'adhésion d'un participant non désigné.

Précisons également que la personne qui fixe des critères pour définir des catégories doit se garder d'établir des distinctions non permises en vertu de la *Charte des droits et libertés de la personne* L.R.Q. c. C-12¹²⁸ ».

Il reste toutefois à déterminer ce qui constituerait des droits équivalents. Cet enjeu se décline potentiellement à plusieurs niveaux.

- i. Régime à prestations déterminées et régime à cotisation déterminée : des régimes équivalents ?

A priori, on pourrait croire qu'il existe des différences suffisamment significatives entre un régime à prestations déterminées et un régime à cotisation déterminée qu'il devrait être très difficile d'affirmer qu'ils puissent prévoir des «droits équivalents». Dans un régime à prestations déterminées, le risque est supporté par le régime et donc ultimement par l'employeur, ce qui assure au participant une sécurité de revenu à la retraite où il est à l'abri du risque du marché et du risque lié à l'espérance de vie. Pour sa part, le cotisant à un régime à cotisation déterminée, comme dans tout autre régime d'épargne, supporte seul et individuellement le risque du marché et le risque associé à l'espérance de vie. Comment peut-on parler de «droits équivalents» dans un tel contexte de transfert du risque de

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ Régie des rentes du Québec, *Loi sur les régimes complémentaires de retraite. Annotations et commentaires*, Régie des rentes du Québec, Québec, 1998 à la p. 34-3.

¹²⁸ *Ibid.*

l'employeur vers chaque participant ?

Les experts sont généralement d'accord pour dire qu'un régime à prestations déterminées est plus efficient qu'un régime à cotisation déterminée et que, pour le même niveau de cotisation, un régime à prestations déterminées est en mesure de verser une rente environ deux fois plus élevée lors de la retraite¹²⁹. Plusieurs raisons expliquent cette efficience accrue, mais la plus importante est le fait que l'individu qui approche ou est à la retraite doit à tout prix s'en remettre à une stratégie de placement très prudente, axée sur la protection du capital, une politique de placement qui doit se contenter de rendements très faibles.

Puisque le régime à prestations déterminées répartit le risque sur une population incluant des jeunes et moins jeunes, il n'a pas cette contrainte aussi forte de la protection du capital; il demeure donc en mesure de maintenir une stratégie de placement diversifiée, axée sur la performance sur un cycle économique complet et cette stratégie diversifiée de placement va lui rapporter, à terme, un rendement nettement plus élevé. Le régime à prestations déterminées est donc en mesure de verser une rente franchement supérieure avec le même capital disponible au moment de la retraite. Faudrait-il exiger alors un niveau de cotisation deux fois plus élevé dans le cas d'un régime à cotisation déterminée pour espérer générer un revenu à la retraite équivalent au revenu garanti par le régime à prestations déterminées?

Quelques mois après l'adoption de la Loi RCR en 1990, la Régie des rentes ne semblait pas *a priori* voir de problème à ce qu'un régime à cotisation déterminée soit perçu comme équivalent à un régime à prestations déterminées :

«Un régime équivalent n'a pas à être du même type que le régime principal. Par exemple, un régime à cotisation déterminée peut être conçu de façon à satisfaire au droit d'adhésion des travailleurs à temps partiel, tandis que les travailleurs à temps plein de la même catégorie participent à un régime à prestations déterminées.»¹³⁰

Quelques années plus tard, dans ses *Annotations et commentaires* à la Loi RCR, la Régie se faisait plus précise, mais aussi plus nuancée :

«Pour savoir si deux régimes sont équivalents, il faut vérifier s'ils offrent des *droits équivalents*. Il revient en fait à la personne qui établit le régime de s'assurer que les régimes sont réellement équivalents. Cette équivalence doit exister au moment de l'entrée en vigueur du régime et persister tout au long de la coexistence des deux régimes.

L'équivalence est une question de faits et la Régie n'aura à se prononcer à ce sujet, en vertu de l'article 35, que dans l'hypothèse où un participant du régime

¹²⁹ Donald Fuesrt, *Mercer Perspective on Retirement. Defined Benefit Plans : Still a Good solution ?* Mercer Investment Consulting, 2004; Beth Almeida et William B. Forna, *A Better Bang for the Buck : the Economic Efficiencies of Defined Benefit Pension Plans*, Washington: National Institute on Retirement Security, 2008.

¹³⁰ Régie des rentes du Québec, «Le droit d'adhésion à un régime complémentaire de retraite», *La Lettre sur les régimes complémentaires de retraite*, Numéro 9, 1990 à la p. 5.

supposément équivalent voudrait adhérer à l'autre régime.

[...]

Pour être considérés comme équivalents, les régimes n'ont pas nécessairement à prévoir le même type d'adhésion (obligatoire ou facultatif). Il n'est pas essentiel non plus que les deux régimes soient du même type, quoiqu'**il soit relativement difficile – mais non impossible – de pouvoir affirmer qu'un régime à cotisation déterminée est équivalent à un régime à prestations déterminées**. Il faut toujours garder à l'esprit que les deux régimes doivent offrir des droits équivalents et, dans cette optique, on peut penser que, pour une même cotisation salariale, un participant peut s'attendre à accumuler sensiblement les mêmes droits dans l'un ou l'autre régime¹³¹ ».

On peut donc conclure que, dans l'exemple du tableau 1 plus haut, un recours pour obtenir une décision de la Régie des rentes du Québec à l'effet qu'un régime à cotisation déterminée n'est pas équivalent à un régime à prestations déterminées exigerait de pouvoir faire une démonstration prépondérante que, pour une même cotisation, le régime à cotisation déterminée ne sera pas en mesure de verser des droits équivalents à ceux du régime à prestations déterminées.

- ii. Un régime à adhésion facultative est-il équivalent à un régime à adhésion obligatoire?

L'article 34 (2) de la Loi RCR semble indiquer qu'il ne serait pas contraire à la lettre de la loi que de prétendre que le régime à cotisation déterminée soit facultatif alors que le régime à prestations déterminées est obligatoire. De plus, le fait que le régime soit composé de trois paliers de cotisation pourrait difficilement être invoqué comme étant contraire à la Loi RCR, puisqu'il s'agit là d'une extension même du caractère facultatif permis par la Loi. Sur cet aspect bien précis, la situation décrite au tableau 1 ne serait donc pas, à première vue, illégale.

- iii. Un régime dont la cotisation totale ou patronale est inférieure à celle du régime principal est-il un régime équivalent ?

La position de la Régie des rentes, dans les deux documents qu'elle a publiés quant à l'interprétation des articles 34 et 35 de la Loi RCR, est sans équivoque : pour être considérés comme équivalents, deux régimes doivent prévoir une cotisation totale équivalente, ou à tout le moins prévoir que la cotisation patronale est sensiblement la même eu égard aux deux régimes. Comme nous allons le voir, l'approche retenue par la Régie pour les fins de l'application de la Loi RCR converge avec la notion de «salaire» prévue à d'autres lois du travail.

¹³¹ Régie des rentes du Québec, *Loi sur les régimes complémentaires de retraite. Annotations et commentaires*, Régie des rentes du Québec, Québec, 1998 à la p. 34-2. Caractères gras ajoutés par nous.

L'interprétation donnée par la Régie des rentes à la notion de régime équivalent en 1990, quelques mois après l'adoption de la Loi RCR, était la suivante :

«CRITÈRE DE DÉTERMINATION D'UN RÉGIME ÉQUIVALENT

Il appartient à celui qui établit un régime équivalent de s'assurer que ce régime prévoit des droits équivalents à ceux qu'offre le régime principal. L'équivalence entre ces deux régimes peut être établie à la lumière de divers facteurs comme par exemple celui de l'équivalence du coût des régimes.

Selon la notion de coût équivalent, un régime à cotisation déterminée pourrait être jugé équivalent à un régime à prestations déterminées lorsque la cotisation patronale du régime à cotisation déterminée requise pour la sous-catégorie de travailleurs que vise le régime équivalent proposé, exprimée en pourcentage uniforme de la masse salariale de cette même sous-catégorie, est égale à :

- la cotisation d'exercice¹³² du régime à prestations déterminées pour la catégorie de travailleurs visée par le régime principal exprimée en pourcentage uniforme de la masse salariale de cette même catégorie, moins
- la cotisation salariale du régime à prestations déterminées requise pour la catégorie de travailleurs visée par le régime principal, exprimée en pourcentage uniforme de la masse salariale de cette même catégorie.

Ainsi, un régime à cotisation déterminée conçu pour les travailleurs à temps partiel qui fixe la cotisation patronale à 4 % de la rémunération du travailleur est jugé équivalent à un régime à prestations déterminées conçu pour les travailleurs à temps plein dont la cotisation d'exercice est de 9 % de la masse salariale et la cotisation salariale est de 5 % du salaire.

Le niveau de capitalisation du régime principal est un facteur qui n'est pas pris en compte dans l'appréciation du caractère équivalent des deux régimes, la cotisation d'exercice étant indépendante d'un tel facteur. L'utilisation de l'excédent d'actif aux fins d'acquittement de la cotisation patronale dans le régime principal ne constitue pas, non plus, un facteur à considérer.

L'équivalence avec le régime principal doit exister lors de la date d'entrée en vigueur du régime équivalent et persister tout au long de leur coexistence. La cotisation patronale fixée pour un régime équivalent de type cotisation déterminée doit donc être révisée lorsqu'une variation de la cotisation d'exercice du régime principal, autre que légère ou temporaire, s'est concrétisée tel que le confirme le rapport relatif à une évaluation actuarielle du régime principal¹³³. »

¹³² La «cotisation d'exercice» est le coût total, déterminé par l'actuaire, des droits additionnels qui seront acquis par les participants pendant l'année courante. Si on déduit la cotisation salariale déjà prévue dans le régime, on peut en déduire la cotisation que l'employeur doit verser pour assurer le provisionnement des nouveaux droits que les participants vont accumuler pendant l'année.

¹³³ Régie des rentes du Québec, «Le droit d'adhésion à un régime complémentaire de retraite», *La Lettre sur les régimes complémentaires de retraite*, Numéro 9, 1990 à la p. 5 et 6.

L'exemple du tableau 1 ne serait donc pas conforme aux dispositions de la Loi RCR prévoyant l'obligation de conférer aux travailleurs exécutant des tâches similaires dans un même établissement un régime complémentaire de retraite équivalent. En effet, dans le cas de figure présenté, la cotisation patronale *maximale* au régime à cotisation déterminée est de 6%, soit nettement inférieure à la cotisation patronale de 15% faite au régime à prestations déterminées.

Le fait que, par ailleurs, l'employeur est tenu de verser une cotisation d'équilibre égale à 20% du salaire ne serait pas pris en compte par la Régie. On comprend que cette cotisation ne vise pas à générer des droits additionnels, mais simplement à assurer le versement des droits déjà promis par le régime. Ne pourrait-on pas plaider toutefois que les facteurs à l'origine de cette cotisation d'équilibre, de mauvais rendements sur les marchés boursiers par exemple, ont probablement également entraîné de mauvais rendements dans le régime à cotisation déterminée et que, sans un redressement comparable, le régime à cotisation déterminée ne sera pas en mesure d'offrir des droits équivalents à ceux du régime à prestations déterminées ?

iv. Quels sont les recours en vertu de la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite* ?

Toujours en regard de l'exemple proposé plus haut, un ou plusieurs salariés embauchés après l'entrée en vigueur de la nouvelle convention collective, ayant travaillé 700 heures ou gagné au moins 35% du maximum des gains admissibles établi au cours de l'année précédente et qui exécutent un travail similaire ou identique à celui exécuté par les participants au régime à prestations déterminées, pourraient demander à la Régie des rentes d'ordonner au comité de retraite d'accepter leur adhésion au régime à prestations déterminées.

En effet, l'article 246 de la Loi RCR accorde explicitement à la Régie le pouvoir de «faire l'inspection de tout régime de retraite» et d'«exiger (...) tout renseignement qu'elle estime nécessaire pour vérifier si un régime de retraite (...) est conforme» à la Loi. L'article 248, pour sa part, prévoit que «la Régie peut rendre une ordonnance prescrivant au comité de retraite, à celui à qui a été délégué des pouvoirs ou à toute partie au régime de retraite de prendre, dans les délais et conditions fixés, toute mesure régulatrice qu'elle indique lorsqu'elle est d'avis que (...) le régime ou son administration n'est pas conforme à la présente loi». Ainsi, la Régie des rentes du Québec pourrait agir sur la base d'une plainte d'un participant; elle semble également s'estimer compétente pour agir d'office¹³⁴.

Compte tenu du mandat législatif qui lui est conféré, la Régie pourrait alors devoir déterminer si la situation ci-décrite est visée par les articles 34 et 35. À la lumière des interprétations publiées par la Régie des rentes en 1990 et 1998, il serait tout à fait plausible que la Régie ordonne effectivement au comité de retraite d'adhérer ces salariés et tous ceux dans la même situation.

¹³⁴ Régie des rentes du Québec, *Loi sur les régimes complémentaires de retraite. Annotations et commentaires*, Régie des rentes du Québec, Québec, 1998 à la p. 35-2.

Finalement, depuis 2006, une nouvelle disposition dans la Loi RCR permet à toute personne de «contester une décision ou une ordonnance de la Régie devant le Tribunal administratif du Québec dans les 30 jours de sa notification¹³⁵». À notre connaissance, aucun recours en vertu des articles 34 et 35 de la Loi RCR n'a jamais été soumis au Tribunal. L'éventualité que quelques-unes des situations actuelles soient amenées devant le Tribunal aurait l'immense avantage de clarifier la portée exacte de ces dispositions.

- b. L'interdiction des disparités de traitement prévue à la *Loi sur les normes du travail* et le principe d'égalité de traitement enchâssé dans le *Charte des droits et libertés de la personne*

Tel que mentionné plutôt, l'interdiction prévue aux articles 87.1 Lnt produit ses effets dans la mesure où la disparité en cause répond aux conditions posées par cette disposition. Ainsi, il est d'abord impératif que la disparité repose sur une date d'embauche et qu'elle vise deux groupes de salariés qui effectuent les mêmes tâches dans le même établissement; la distinction doit également porter sur l'une des matières mentionnées à l'article 87.1 Lnt. Pour qu'une disparité de traitement ayant pour objet un changement du type de régime de retraite consenti aux salariés soit interdite, il faudrait qu'un tel régime soit considéré comme étant du salaire au sens de l'article 1 (9) Lnt. Qu'en est-il?

En droit du travail, la doctrine et la jurisprudence semblent cautionner l'interprétation de la notion de salaire comme comprenant certains avantages auxquels le salarié aura accès ultérieurement. L'article 1(9) Lnt prévoit que le salaire constitue « la rémunération en monnaie courante et les avantages ayant une valeur pécuniaire due pour le travail ou les services d'un salarié¹³⁶ ». Certains auteurs évaluent que la rémunération doit se scinder en trois « strates », soit la rémunération directe, la rémunération indirecte ou différée et la rémunération circonstancielle¹³⁷.

Ainsi, les cotisations versées par l'employeur aux régimes de retraite seraient constitutives d'une rémunération différée, elle-même comprise dans la notion de salaire : celle-ci est constituée « des sommes dues en raison du travail déjà effectué, mais dont le versement réel serait suspendu jusqu'à l'arrivée de certains événements récurrents et déterminés¹³⁸ ». Ainsi, bien que le salaire se comprenne d'abord comme étant la rémunération payée en fonction de la durée ou du résultat du travail, le salaire inclurait aussi « des avantages, tels l'allocation de vacances, le paiement de jours chômés, la participation de l'employeur au coût de certains régimes d'assurance ou de retraite, etc.¹³⁹ ». Comme c'est le cas pour la

¹³⁵ Loi RCR, art. 243.

¹³⁶ À cet effet, voir notamment *Leduc c. Habitabec inc.*, D.T.E. 90T-751 (T.A.) (Décision confirmée par la Cour d'appel D.T.E. 94T-1240 (C.A.).

¹³⁷ Fernand Morin et al, *Le droit de l'emploi au Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 4^e éd., 2010 à la p. 416.

¹³⁸ *Ibid.*

¹³⁹ André Sasseville et al., *Le droit du travail au Québec*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 109. Voir également Annick Desjardins, « Rémunération » dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit du

rémunération directe, la rémunération différée est remise en contrepartie du travail effectué et se calcule généralement sur la base de celui-ci.

La jurisprudence semble également reconnaître que de telles contributions peuvent constituer du salaire au sens de la *Loi sur les normes du travail*. Ainsi, dans le cadre de la fixation d'indemnités suivant une plainte de congédiement en vertu de l'article 124 L.n.t., la Commission des relations du travail ordonna à l'employeur de rembourser ses contributions au REER et au régime de retraite de la salariée et ce, du congédiement jusqu'à la date de la réintégration¹⁴⁰. Cette interprétation semble partagée par les arbitres de griefs et les tribunaux de droit commun¹⁴¹.

Ainsi, nous estimons qu'une clause prévoyant un régime complémentaire de retraite moins avantageux pour un groupe de salariés embauchés après une date précise et alimenté par une cotisation patronale moins élevée pourrait être prohibée par l'article 87.1 Lnt. Tel qu'évoqué plus tôt, cette disposition vise à éviter qu'un seul groupe de salariés subisse l'amoindrissement des conditions de travail et ce, uniquement parce qu'ils ont été embauchés après leurs collègues effectuant les mêmes tâches dans le même établissement.

Serait-il possible qu'un changement dans les régimes de retraite proposés constitue également une mesure discriminatoire au sens de la *Charte*? Afin que des distinctions quant aux contributions de l'employeur au régime de retraite des salariés soient jugées discriminatoires au sens de la *Charte*, il faudra qu'une telle distinction repose sur un des motifs prévus à l'article 10, c'est-à-dire généralement compte tenu d'une discrimination indirecte découlant de l'âge ou, à la lumière de la récente jurisprudence, de la condition sociale. En effet, les dispositions de la *Charte* qui enchâssent le principe d'égalité de traitement prévoient que nul ne peut exercer de discrimination, entre autres, dans l'établissement des conditions de travail d'une personne¹⁴² et que tout employeur, sans discrimination, doit accorder un traitement ou un salaire égal aux membres de son personnel qui accomplissent un travail équivalent au même endroit¹⁴³. À l'instar de d'autres auteurs, nous estimons que l'expression « traitement ou salaire » utilisée à l'article 19 de la *Charte* fait écho à la définition de salaire prévue à la Lnt ci-privilegiée : elle comprend donc, outre les formes usuelles de rémunération, les avantages sociaux à valeur monétaire, tels les assurances collectives et les régimes de retraite¹⁴⁴.

travail », *Rapports individuels et collectifs du travail*, fasc. 21, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles, 2010, par. 108.

¹⁴⁰ *Rompré c. Costco Wholesale Canada Ltd.*, D.T.E. 2006T-910 (C.R.T.). Il importe de souligner que l'article 128 (1) par. 2 prévoit que la C.R.T. peut, lorsqu'elle juge qu'un salarié fut victime d'un congédiement sans cause juste et suffisante, ordonner à l'employeur de payer au salarié « une indemnité jusqu'au maximum équivalent au salaire qu'il aurait normalement gagné s'il n'avait pas été congédié ».

¹⁴¹ À cet effet, voir *TUAC, local 503 c. Sobey's Québec inc.*, D.T.E. 2012-13 (Requête en révision judiciaire, 200-17-015581-119) et *Lachapelle c. Fédération québécoise de camping et caravaning*, D.T.E. 2008T-707 (C.Q.).

¹⁴² *Charte*, art. 16.

¹⁴³ *Charte*, art. 19,

¹⁴⁴ Annick Desjardins, « Rémunération » dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit du travail », *Rapports individuels et collectifs du travail*, fasc. 21, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles, 2010, par. 107.

En conclusion, la mise en place de clauses de disparité de traitement visant les régimes complémentaires de retraite répond certainement à la volonté des entreprises de se défaire du risque de financement et de la charge comptable inhérents aux régimes à prestations déterminées. Ces risques furent exacerbés au cours des dernières années à l'occasion des crises boursières successives et compte tenu de la faiblesse des taux d'intérêt.

On peut toutefois se demander si le « design » même des régimes existants n'a pas augmenté l'impact de ces revers du marché : l'absence de marges de sécurité et de réserves ou la tendance des promoteurs et des syndicats, lorsque les régimes étaient en surplus, de s'octroyer des congés de cotisation furent des comportements pour le moins imprudents. C'est ainsi qu'un certain nombre de régimes à prestations déterminées furent récemment modifiés pour mieux concilier sécurité des prestations et stabilité de la cotisation. De plus, depuis 2007, le Régime de retraite par financement salarial (RRFS) fut introduit par la Régie des rentes du Québec; celui-ci fait l'objet d'un encadrement réglementaire précisément axé sur la conciliation des impératifs de sécurité et de stabilité des cotisations.

IV. Les enjeux collectifs

Les disparités de traitement constituent, en milieu syndiqué et non-syndiqué, une pratique de différenciation des conditions de travail des salariés selon les besoins de l'employeur¹⁴⁵. Comme le rappelait Marie-France Bich, en milieu non-syndiqué, l'employeur et le salarié conviennent des conditions de travail et ce, sur une base individuelle. Bien que la liberté du travailleur se résume souvent à « adhérer aux conditions proposées¹⁴⁶ », les seules limites à la « liberté » contractuelle des parties sont prévues dans différents instruments normatifs interdisant la discrimination ou fixant des minima en-deçà desquels les parties ne peuvent s'entendre. Hormis ces limites explicites, l'employeur peut privilégier différents agencements organisationnels et managériaux qui pourront se refléter sur les conditions de travail des salariés et générer des disparités afférentes au traitement de ceux-ci.

En milieu syndiqué, ces différents aménagements sont prévus dans la convention collective; elles sont souvent le produit d'un compromis consenti par le syndicat dans le cadre d'une négociation de concessions où, par exemple, la sécurité de l'emploi des salariés peut même

Il importe toutefois de noter que l'article 20.1 de la *Charte* prévoit que « 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 ».

¹⁴⁵ Marie-France Bich, « Clauses orphelins et devoir de juste représentation : quelques réflexions en forme de réquisitoire » dans Commission des droits de la personne, *Actes du forum droits et libertés : L'équité entre générations et les clauses « orphelins » : des droits à défendre*, Montréal, 1999, 47 à la p. 49.

¹⁴⁶ *Ibid.* à la p. 50.

être en cause¹⁴⁷. Au-delà de leur validité juridique, l'introduction de disparités de traitement dans les conventions collectives risque d'engendrer la responsabilité du syndicat¹⁴⁸.

L'obligation de juste représentation du syndicat est le corolaire du monopole de représentation syndicale qui découle de l'accréditation¹⁴⁹. Ce monopole confère au syndicat le titre de seul représentant des salariés visés par l'accréditation et ce, de la négociation des conditions de travail menant à la convention collective à la mise en œuvre de celle-ci en cas de mésentente.

Il fut reconnu par la Cour suprême du Canada, dans une affaire où des clauses de disparité de traitement étaient en cause, qu'un groupe de salariés syndiqués, réuni dans une association « parallèle¹⁵⁰ », pouvait saisir une instance (en l'occurrence la Commission des droits de la personne et le Tribunal des droits de la personne) autre que son syndicat afin de faire trancher la légalité de telles clauses¹⁵¹. Bien que ce litige portait sur l'exclusivité de la compétence arbitrale, la Cour suprême reconnue, de façon implicite, la difficulté pour les syndicats de réconcilier, dans un tel contexte, l'intérêt collectif des salariés de l'unité d'accréditation et l'intérêt de ce groupe de salariés qui se trouvait lésé par une clause négociée par ce même syndicat¹⁵². À cet effet, il est intéressant de noter que le législateur avait déjà constaté cette réalité en 1999, alors qu'il modifia l'article 102 Lnt permettant alors aux salariés syndiqués victimes d'une disparité de traitement au sens de cette loi d'opter entre une plainte à la Commission des normes du travail et la saisie de leur syndicat.

Il fut d'ailleurs reconnu que la responsabilité des syndicats peut être engagée en cas de négociation d'une convention collective discriminatoire¹⁵³. En effet, bien que la négociation d'une convention collective implique la gestion d'intérêts collectifs et individuels et qu'à cette enseigne, « un syndicat doit disposer d'une marge de manœuvre suffisante dans l'exercice de son pouvoir de représentation exclusif lors des négociations avec l'employeur »,

¹⁴⁷ Au cours des dernières années, différents conflits de travail découlèrent d'une volonté affirmée de la direction des entreprises de cesser une partie des activités assurées par les syndiqués ou de modifier la structure organisationnelle de l'entreprise afin de recourir à la sous-traitance. Pensons aux conflits de travail à l'usine de Rio Tinto Alcan d'Alma, celui du Roi du Coq Rôti à Sherbrooke ou encore, ceux du Journal de Québec et de Montréal.

¹⁴⁸ Selon certains, de telles clauses peuvent également avoir pour effet de remettre en cause la capacité représentative des syndicats à l'échelle locale et sociétale. Voir Mona-Josée Gagnon, « La modernisation du syndicalisme québécois ou la mise en épreuve de la logique représentative » (1998) 30 :2 Sociologie et sociétés 1 à la p. 2.

¹⁴⁹ Le devoir de représentation est cristallisé dans le *Code du travail* par l'article 47.2 qui stipule « qu'une association accréditée ne doit pas agir de mauvaise foi ou de manière arbitraire ou discriminatoire, ni faire preuve de négligence grave à l'endroit des salariés compris dans une unité de négociation qu'elle représente, peu importe qu'ils soient ses membres ou non ».

¹⁵⁰ Sur cette question, voir l'analyse de Christian Brunelle, « L'émergence des associations parallèles dans les rapports collectifs de travail » (2002) 57 :2 Relations industrielles 282.

¹⁵¹ *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Québec (Procureur général)*, [2004] 2 R.C.S. 185.

¹⁵² Marie-Josée Legault, « Droits de la personne, relations de travail et défis pour les syndicats contemporains » (2005) 60 :4 Relations industrielles 683 à la p. 696.

¹⁵³ *Central Okanagan School District c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970 à la p. 990.

rien n'indique que le syndicat pourrait renoncer à des droits fondamentaux dont il n'est pas titulaire¹⁵⁴. Au Québec, l'article 16 de la *Charte* interdit à toute personne d'exercer de la discrimination dans la détermination des conditions de travail ainsi que dans l'établissement de catégories ou de classifications d'emploi : cette disposition donne ouverture à la responsabilité du syndicat¹⁵⁵.

L'obligation de représentation du syndicat constitue l'une des contreparties de la fonction représentative que lui attribue le *Code du travail* à l'égard des salariés compris dans l'unité de négociation¹⁵⁶. Comme le rappelait la Cour suprême dans l'affaire *Tremblay*, « le syndicat se trouve tenu à une obligation de représentation diligente et compétente envers l'ensemble de l'unité de négociation; elle correspond, en règle générale, à une obligation de moyen¹⁵⁷ ». Or, le contexte dans lequel se déroule la négociation collective oblige parfois le syndicat à concilier les préoccupations de plusieurs groupes de salariés dont la réalité professionnelle diffère :

[La négociation d'une convention collective] implique un dialogue, sinon parfois un affrontement avec l'employeur, la création de rapports de force et la prise en compte d'intérêts divers au sein de l'unité de négociation. Tenu de négocier de bonne foi dans le but de conclure une convention collective selon l'article 53 du *Code du travail*, l'employeur n'a pas l'obligation légale d'accepter les propositions syndicales. Le syndicat peut difficilement garantir l'issue d'une négociation et devra parfois accepter un accord discutable plutôt qu'un conflit ou sa prolongation.¹⁵⁸

Ainsi, le tribunal qui doit trancher un partage de la responsabilité entre l'association syndicale et l'employeur devra analyser le contexte dans lequel se déroula la négociation collective et la façon dont le syndicat se comporta lors de celle-ci : il s'agit d'une analyse à la pièce à l'occasion de laquelle le tribunal doit apprécier la preuve soumise par les parties à la lumière des obligations légales qui incombent à celles-ci. Ainsi, « [dans la mesure] où il a revendiqué de façon sincère et soutenue le retrait d'une disposition de la convention collective dont les effets sont discriminatoires, mais qu'il a rencontré chez son interlocuteur patronal des résistances indéfectibles, sa part de responsabilité pourrait bien être de moindre importance, sinon inexistante.¹⁵⁹ »

Qu'en est-il lorsque l'employeur appelle en garantie le syndicat dans le cadre d'un recours instigué par la Commission des normes du travail en vertu de la *Loi sur les normes du*

¹⁵⁴ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Laval*, précité, par. 220.

¹⁵⁵ L'article 19 de la *Charte* réfère uniquement à l'employeur.

¹⁵⁶ Voir notamment *Noël c. Société d'énergie de la Baie James*, [2001] 2 R.C.S. 207.

¹⁵⁷ *Tremblay c. Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau, section locale 57*, [2002] 2 R.C.S. 627, par. 20.

¹⁵⁸ *Ibid.* par. 23.

¹⁵⁹ Christian Brunelle, « Droits d'ancienneté et droits à l'égalité: l'impossible accommodement? » (2004) 205 *Récents développements en droit du travail* 126.

travail? Il importe de rappeler qu'en vertu de cette loi, seul l'employeur est visé par l'obligation de payer le salaire dû et lui seul peut être visé par les procédures judiciaires¹⁶⁰.

Dans l'affaire *Progistix*, l'employeur réclama du syndicat des dommages et intérêts équivalents à la moitié de la somme qu'il pourrait être tenu de payer, dans l'éventualité où le Tribunal concluait à une disparité de traitement. Pour soutenir ses prétentions, l'employeur alléguait que la convention collective en litige était le fruit des négociations intervenues entre lui et le syndicat. Dans cette affaire, la Cour du Québec parvint à la conclusion que le syndicat avait satisfait à son obligation de moyen et qu'il avait adéquatement représenté ses membres¹⁶¹. En outre, la Cour souligne que rien dans la preuve n'indique la mauvaise foi du syndicat et que comme le mentionnait la Cour suprême, dans l'affaire *Tremblay* précitée, le syndicat peut difficilement garantir l'issue d'une négociation collective et devra parfois accepter un accord discutable plutôt qu'un conflit ou sa prolongation¹⁶².

Qu'en est-il donc? Comment le syndicat doit-il se comporter lorsqu'il est confronté à une négociation dans le cadre de laquelle l'employeur suggère une solution comportant, *prima facie*, une disparité de traitement, que celle-ci repose sur une date d'embauche ou qu'elle découle du statut d'emploi¹⁶³? Les principes démocratiques au fondement des instances syndicales ne se trouvent-ils pas ébranlés par le partage de responsabilité entre le syndicat et l'employeur mis en œuvre par les tribunaux? En effet, comme le soulignait un auteur, ce n'est pas parce qu'une majorité de salariés ait accepté le nouvel aménagement proposé que le syndicat se dégagera de sa responsabilité¹⁶⁴; c'est d'ailleurs ce que les récents débats jurisprudentiels semblent suggérer. Or, comme le suggérait Christian Brunelle, le monopole a comme frontière la conscience des dirigeants syndicaux : « si celle-ci se fait trop élastique et obéit aveuglément aux diktats du plus grand nombre, les salariés qui s'estiment délaissés par cette association insensible à leur préoccupation risquent fort de se tourner vers un autre groupement plus apte à défendre leurs droits¹⁶⁵ » et ultimement, engager la responsabilité syndicale.

Ainsi, si le syndicat établit qu'il fut proactif dans la quête de solutions alternatives non-discriminatoires et non-illégales mais qu'une fin de non-recevoir fut imposée par l'employeur et qu'il met en preuve qu'il dénonça le caractère possiblement discriminatoire de certaines clauses tout en explicitant les risques associés à l'inclusion de celles-ci dans la convention, il est fort à parier que les tribunaux jugeront que l'obligation de moyen qui incombe au syndicat est satisfaite. Il ne sera toutefois pas nécessaire de reconstituer le pas à pas exhaustif des négociations et le fait que le syndicat ait rencontré chez l'employeur une

¹⁶⁰ Lnt, art. 40 et suivants et 98-99.

¹⁶¹ *Commission des normes du travail c. Progistix-Solutions inc.*, précité, par. 55-56.

¹⁶² *Ibid.* par. 58.

¹⁶³ Nous n'envisageons pas le contexte particulier du recours par l'employeur au mécanisme des dernières offres patronales prévu à l'article 58.2 C.t. Le recours à un tel mécanisme dégagerait le syndicat de toute responsabilité.

¹⁶⁴ Sylvain Lepage, « Les pratiques défavorables au nouveau salarié dans la convention collective : le cas de la double échelle » (1989) 30 :2 Cahiers de droit 525 à la p. 533.

¹⁶⁵ Christian Brunelle, « L'émergence des associations parallèles dans les rapports collectifs de travail » (2002) 57 :2 Relations industrielles 282 à la p. 296.

« insistance non équivoque » limitera la responsabilité syndicale¹⁶⁶. Le Tribunal des droits de la personne, dans une récente affaire, insista toutefois sur la transparence dont le syndicat doit faire montre, en divulguant aux membres l'état d'avancement des négociations et en les consultant régulièrement¹⁶⁷.

Finalement, il nous manquerait de ne pas noter les conséquences pour le moins surréalistes qu'une condamnation solidaire du syndicat et l'employeur impliquent. Le groupe de salariés visés qui, ultimement bénéficierait de la condamnation solidaire du tribunal, se retrouve à percevoir des dommages et intérêts versés par le même syndicat qui perçoit leurs cotisations syndicales et ce, pour veiller à leurs intérêts. Cette situation est d'autant plus affligeante lorsque le groupe lésé devient éventuellement le groupe majoritaire.

Conclusion

Si l'augmentation de la concurrence, la mondialisation des marchés et la dérèglementation dans différents secteurs d'activités ont transformé la façon dont les partenaires sociaux appréhendent la relation de travail et l'encadrement de celle-ci, ces données constituent également de nouveaux facteurs contribuant à la segmentation de la main d'œuvre et, en milieu syndiqué, du collectif syndiqué¹⁶⁸.

Les clauses de disparité de traitement formelles, qu'elles découlent de la date d'embauche ou du statut d'emploi, constituent généralement un compromis consentis par les associations syndicales afin de conserver les droits acquis des salariés en poste. Or, à moyen terme, l'introduction de telle clauses ne génèrent-elles pas un clivage entre les différentes catégories de salariés effectuant pourtant les mêmes tâches dans le même établissement? Une telle fragmentation du collectif salarié n'a-t-elle pas pour effet de créer « une difficulté d'agrégation et de reconnaissance des intérêts communs au sein des syndicats¹⁶⁹ »?

Pour conclure, il nous semble opportun de souligner que les réalités sociodémographiques associées au vieillissement de la population devraient inciter les entreprises à évaluer les effets collatéraux des disparités de traitement formelles. Alors que le discours des entreprises et des associations d'employeurs quant à une pénurie alléguée de main d'œuvre incite les gouvernements à mettre en place des programmes de travail temporaire visant à recruter des travailleurs étrangers temporaires, qualifiés et dits peu spécialisés¹⁷⁰, il convient de réfléchir à l'impact des disparités de traitement sur la rétention du personnel dans ces entreprises.

¹⁶⁶ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Syndicat des constables spéciaux*, D.T.E. 2010T-197 (T.D.P.Q.) (Requêtes pour permission d'appeler accueillies (C.A., 2010-03-30), 500-09-020488-102 et 500-09-020493-102, 2010 QCCA 641), par. 266 et suivants.

¹⁶⁷ *Ibid.*, par. 271.

¹⁶⁸ Nous empruntons cette analyse à Marie-Josée Legault, « Droits de la personne, relations de travail et défis pour les syndicats contemporains » (2005) 60 :4 Relations industrielles 683 à la p. 684.

¹⁶⁹ *Ibid.* à la p. 683.

¹⁷⁰ Sur cette question, voir Judy Fudge et Fiona MacPhail, « The Temporary Foreign Worker Program in Canada: Low-Skilled Workers as an Extreme Form of Flexible Labor » (2009) 31 Comparative Labor Law and Policy Journal 5.

Le Tribunal des droits de la personne, dans l'affaire *Syndicat des constables spéciaux*, suggère que le statut d'emploi pourrait constituer une composante de la condition sociale d'une personne et qu'incidemment, une différence de traitement fondée sur ce motif serait prohibée. Malgré cette brèche, les instruments législatifs prohibant les disparités de traitement n'interdisent pas, de façon formelle, celles fondées sur le statut d'emploi. Pourtant, l'affirmation du principe d'égalité de traitement fait l'objet d'une consécration législative en droit européen et en droit international¹⁷¹. Ainsi, ne serait-il pas opportun de limiter l'autonomie collective avec un instrument législatif s'imposant aux parties et par le biais duquel l'égalité entre salariés serait renforcée?

¹⁷¹ Jean Bernier et Guylaine Vallée, «Pluralité des situations de travail salarié et égalité de traitement en droit du travail québécois» dans *Analyse juridique et valeurs en droit social : Études offertes à Jean Pélissier*, Paris, Dalloz, 2004, 69 à la p. 71.