

POSSIBILITÉ D'ACCORDER UNE ANCIENNETÉ À TITRE RÉTROACTIF  
À DES PERSONNES VICTIMES DE DISCRIMINATION DANS L'EMBAUCHE

Octobre 1988

Document adopté à la 317<sup>e</sup> séance de la Commission,  
tenue le 21 octobre 1988, par sa résolution COM-317-9.1.1

Me André Labonté  
Secrétaire de la Commission

Recherche et rédaction :

Me Pierre Bosset, conseiller juridique  
Direction de la recherche

Traitement de texte :

Sylvie Dumaine (Direction de la recherche)

### Note

Ce document a été publié par la Commission des droits de la personne. Le 29 novembre 1995, cette commission a été fusionnée avec la Commission de protection des droits de la jeunesse. Le nom du nouvel organisme est **Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse**.

## La demande

1. La Direction des enquêtes nous demande un avis juridique sur la possibilité, pour la Commission, de recommander l'octroi d'une ancienneté à titre rétroactif à des personnes qui auraient été victimes de discrimination dans l'embauche au sens des articles 10 et 16 de la Charte. Soulevée dans le cadre d'un dossier d'enquête, la question est formulée ainsi :

"Est-ce que, selon la Charte, la Commission peut exiger l'octroi rétroactif d'ancienneté si elle arrive à la conclusion que le processus d'embauche [de l'employeur] est discriminatoire et que [les plaignantes] auraient dû être embauchées à une date précédente à celle de leur embauche effective?"

## Analyse de la question

2. Il convient d'abord de situer le fondement éventuel d'un tel octroi d'ancienneté. Les plaignantes sont des personnes qui allèguent avoir personnellement subi de la discrimination lorsqu'elles ont fait des demandes d'emploi auprès de l'employeur mis en cause. Leur réclamation est donc faite à titre de victimes personnelles et identifiables d'actes discriminatoires. L'article 49 de la Charte prévoit, dans de tels cas, les mesures de réparation auxquelles les victimes ont droit:

"Une atteinte illicite à un droit ou à une liberté reconnu par la présente Charte confère à la victime le droit d'obtenir la cessation de cette atteinte et la réparation du préjudice moral ou matériel qui en résulte.

[...]"

3. L'octroi d'une ancienneté rétroactive n'a de sens que si les victimes sont embauchées par l'employeur. Il y a donc lieu de s'interroger, d'abord, sur la possibilité pour la Commission de recommander (et, éventuellement, de réclamer devant un tribunal) l'embauche des plaignantes. Une réponse affirmative à cette question préliminaire permettra ensuite de se demander si cette embauche peut être accompagnée d'un octroi rétroactif d'ancienneté.

## A. Question préliminaire: la possibilité d'exiger l'embauche des plaignantes

4. La possibilité d'ordonner l'embauche d'une personne dont la candidature a été rejetée de façon discriminatoire a fait l'objet, dernièrement, d'un jugement de la Cour d'appel. (1) Jusque là, le caractère intuitu personae de la relation d'emploi, dans la perspective du droit civil, amenait les tribunaux à refuser de forcer l'embauche d'une personne contre la volonté de l'employeur, et à substituer plutôt à cette embauche une compensation de nature financière. (2) Dans un jugement portant sur la requête en irrecevabilité dirigée par l'employeur vers les conclusions d'une action relative à l'embauche forcée de la victime, la Cour d'appel remet en cause la pertinence de cette vision traditionnelle dans le contexte de la Charte. Les juges Dubé et Kaufman soulignent que la Charte n'est pas "l'expression de vœux pieux", et se disent d'avis que l'embauche d'une personne victime de discrimination peut être demandée dans une action en injonction introduite en vertu de la Charte (3) si l'on veut donner un sens utile au droit à l'égalité dans l'embauche. Citant l'article 49, qui donne à la victime le droit d'obtenir la cessation d'une atteinte à ce droit, le juge Dubé ajoute que, selon lui, "une telle cessation ne peut être obtenue que par une injonction enjoignant à l'employeur fautif d'embaucher le postulant victime de discrimination". Il semble donc clair que l'embauche d'une personne ayant subi de la discrimination est l'une des conclusions qui peuvent être demandées dans le cadre d'une action pour violation des articles 10 et 16 de la Charte.

Il faut cependant voir si cette embauche peut être accompagnée, à titre accessoire, d'un octroi rétroactif d'ancienneté aux personnes concernées.

## B. La possibilité d'octroyer aux victimes une ancienneté à caractère rétroactif

5. Le but de l'article 49, a souligné la Cour d'appel, est "le redressement de la situation injuste causée par l'acte discriminatoire". (4) L'embauche de la victime est certes un premier pas dans ce processus de redressement. Cette mesure, cependant, ne suffit pas nécessairement à compenser la victime pour le préjudice subi. Il peut s'avérer nécessaire d'ajouter à l'embauche une ordonnance portant sur les avantages accessoires dont l'acte discriminatoire a privé la victime, et auxquels elle aurait eu droit en l'absence de discrimination. Il est donc normal de voir dans certains jugements, en plus d'une ordonnance portant sur l'octroi d'un statut d'employé à la victime, une ordonnance accessoire lui accordant rétroactivement "tous les droits afférents" à ce statut et dont elle

aurait bénéficié s'il n'y avait pas eu violation de la Charte (par exemple, sa participation à un régime de retraite). (5) Ce faisant les tribunaux appliquent le principe de l'article 49, qui veut que la victime ait droit à la réparation du préjudice (matériel ou moral) subi.

L'ancienneté dont jouit un(e) salarié(e) à l'intérieur d'une entreprise joue souvent un rôle important lorsqu'il s'agit de déterminer ses droits et ses obligations vis-à-vis l'employeur ou ses compagnons de travail. Dans les entreprises syndiquées, c'est souvent en fonction de l'ancienneté que se prennent les décisions portant sur les mouvements de main-d'oeuvre (promotions, rétrogradations, transferts, déplacements, mises à pied, rappels au travail, etc.). De même, il est fréquent que des avantages ou privilèges soient conférés en fonction de l'ancienneté (allocation du temps supplémentaires, longueur et choix de la période de vacances, sélection des meilleurs quarts de travail, etc.). (6) Une personne sans ancienneté à l'intérieur d'une entreprise peut se trouver, à bien des égards, dans une position précaire ou désavantageuse. Il ne fait pas de doute que si un acte discriminatoire la prive de la possibilité d'accumuler de l'ancienneté, elle en subit un préjudice qui peut être grave. La seule embauche de la victime ne constitue donc pas nécessairement une réparation intégrale. Le principe de la réparation du préjudice, à notre avis, est suffisamment large pour couvrir l'octroi rétroactif d'une ancienneté à la victime pour compenser ce préjudice additionnel.

6. Faut-il cependant tenir compte de l'effet que peut avoir l'octroi d'ancienneté sur les autres salariés de l'entreprise?

Il se peut, en effet, que l'octroi d'une ancienneté à la victime d'un acte discriminatoire ait pour effet de modifier l'ordre d'ancienneté régnant, jusque là, entre les salariés déjà à l'emploi de l'employeur. Y a-t-il lieu de tenir compte de cet effet possible sur des tiers quand on se demande si la victime a droit à une ancienneté rétroactive? (7)

7. Il est instructif de comparer d'abord, sur ce point, notre contexte juridique et celui des États-Unis.

En droit américain, les mesures de réparation qu'un tribunal peut accorder à une victime de discrimination sont prévues à l'article 706(g) du Title VII du Civil Rights Act. (8) Cette disposition prévoit que lorsqu'un tribunal conclut qu'un acte discriminatoire a été commis à l'endroit d'une personne, il peut ordonner à l'employeur:

"such affirmative action as may be appropriate, which may include, but is not limited to, reinstatement or hiring of employees, with or without backpay [... ], or any other equitable relief as the court deems appropriate."

La possibilité d'accorder à la victime une ancienneté rétroactive en vertu de cette disposition a fait l'objet d'un important jugement de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Franks v. Bowman Transportation Co.* (9) Plusieurs personnes de race noire s'étaient vu refuser un emploi par suite des pratiques d'embauche discriminatoires de l'employeur. On demandait à la Cour suprême de dire si, en plus de permettre l'embauche forcée des victimes, l'article 706(g) autorisait à leur accorder une ancienneté rétroactive à la date de leurs demandes d'emploi respectives. L'employeur soutenait qu'un tel octroi ne pouvait être jugé "approprié" en raison de son effet possible sur les tiers. Le tribunal aurait dû selon lui tenir compte, dans l'exercice de la discrétion que lui confère l'article 706(g), de cet effet possible, et refuser en conséquence d'accorder une ancienneté rétroactive aux victimes.

La Cour suprême reconnut que l'article 706(g) confère une certaine discrétion au tribunal dans le choix des mesures de réparation à accorder aux victimes. Le pouvoir de juger en équité ("equitable relief") suppose en effet une certaine discrétion, confirmée par l'emploi des mots "as the court deems appropriate". Cependant, l'exercice de cette discrétion, rappelle la Cour, ne doit pas aller à l'encontre des prescriptions de la loi. (10) Il faut donc garder à l'esprit, dans l'exercice de la discrétion, l'objectif de réparation intégrale ("the make-whole purpose") visé par l'article 706(g). (11)

La Cour rappelle, dans ce contexte, la situation désavantageuse dans laquelle peut se trouver une personne illégalement privée de la possibilité d'accumuler de l'ancienneté à l'intérieur d'une entreprise: (12)

"Whithout an award of seniority dating from the time at which he was discriminatorily refused employment, an individual who applies for and obtains employment as an OTF driver pursuant to the District Court's order will never obtain his rightful place in the hierarchy of seniority according to which these various employment benefits are distributed. He will perpetually remain subordinate to persons who, but for the illegal discrimination, would have been in respect to entitlement to these benefits his inferiors."

La Cour conclut donc que l'octroi d'une ancienneté rétroactive est nécessaire si l'on veut compenser le préjudice subi par les victimes. L'arrêt Franks établit ainsi, pour reprendre les mots de Schlei et Grossman, que "the interests of white employees must bend to the overriding legislative policy in favor of making whole minority group members who were identifiable victims of discrimination". (13) Dans l'exercice de la discrétion que leur confère l'article 706(g), les tribunaux doivent ainsi veiller prioritairement à ce que l'objectif de la réparation intégrale du préjudice soit respecté.

8. Il nous paraît significatif que, contrairement à son équivalent américain, l'article 49 québécois ne reconnaisse aucune discrétion au tribunal dans le choix des mesures possibles.

L'article 706(g) donne au tribunal américain une certaine marge d'appréciation dans le choix des mesures de réparation, et c'est en invoquant cette discrétion que l'on avait tenté, dans l'affaire Franks, de souligner l'effet possible d'un octroi rétroactif d'ancienneté sur d'autres employés. L'article 49, cependant, ne considère pas le choix des mesures de réparation comme objet de discrétion judiciaire. Il confère expressément à la victime d'un acte discriminatoire le droit d'obtenir la réparation du préjudice subi. S'agissant d'un droit de la victime, le tribunal doit manifestement accorder cette réparation dès lors que sont établis l'existence du préjudice et le lien de causalité qui relie celui-ci à l'acte discriminatoire. Il est lié par la preuve de ces éléments et ne jouit pas, contrairement à son homologue américain, d'une discrétion qui pourrait lui donner le loisir de tenir compte de l'effet possible d'une mesure "x" sur des tiers. Le principe de l'article 49 veut, à notre avis, que la victime d'un acte discriminatoire ait droit à la réparation intégrale du préjudice (y compris, le cas échéant, à celle du préjudice découlant du fait qu'on l'ait empêché illégalement d'accumuler de l'ancienneté chez un employeur) indépendamment de l'effet possible d'une telle compensation sur des tiers.

## Conclusion

9. Nous concluons que l'article 49 confère à la victime d'un acte discriminatoire dans l'embauche le droit d'obtenir, en plus de l'intégration aux effectifs de l'entreprise, l'octroi d'une ancienneté rétroactive pour compenser l'ancienneté dont peut l'avoir privée l'acte discriminatoire. Cet octroi suppose évidemment la preuve que la personne qui réclame une telle ancienneté a été personnellement victime d'un acte discriminatoire de la part de l'employeur, et que

son embauche aurait eu lieu n'eût été de cet acte discriminatoire. L'ancienneté pourra, le cas échéant, rétroagir à la date à laquelle aurait dû avoir lieu l'embauche.

N.B. Les règles d'ancienneté dans le cadre d'un programme d'accès à l'égalité feront incessamment l'objet d'une étude distincte à la Direction de la recherche.

## NOTES

- (1) C.D.P.Q. c. Société d'électrolyse et de chimie Alcan, C.A.Q. 200-09-000696-838 (4 avril 1987), J.E. 87-571.
- (2) L'arrêt marquant, à cet égard, était celui rendu par la Cour suprême du Canada dans l'affaire Dupré Quarries Ltd. c. Dupré, [1934] R.C.S. 528.
- (3) Art. 83.
- (4) C.D.P.Q. c. L'Homme, (1982) 3 C.H.R.R.. 849, 850 (C.A.).
- (5) C.D.P.Q. c. Ville de Lachine, [1984] C.S. 361. (le jugement est porté en appel).
- (6) Voir C. VÉZINA, Les clauses d'ancienneté et l'arbitrage de griefs (Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1979), p. 14.
- (7) Notons qu'un changement dans l'ordre d'ancienneté n'a d'effet sur les tiers que lorsque les salariés sont en compétition entre eux pour l'accès à des avantages ou privilèges (exemple: les rappels au travail ou le choix des périodes de vacances) . Il n'a aucun effet, en revanche, lorsque l'ancienneté sert plutôt à déterminer les droits du salarié vis-à-vis l'employeur (exemple: pour déterminer la longueur des vacances auxquelles il a droit).
- (8) 42 U.S.C., 2000e ss.
- (9) 424 U.S. 747, 12 F.E.P. Cases 549 (1976).
- (10) On retrouve ici le principe, familier aux juristes de formation anglo-saxonne, selon lequel les règles d'équité sont subordonnées à celles du Droit ("Equity Follows the Law"). Voir R. DAVID, Les grands systèmes de droit contemporains (Paris, Dalloz, 1973), p. 353.
- (11) 12 F.E.P. Cases p. 555.
- (12) Ibid., p. 557.
- (13) B. SCHLEI, P. GROSSMAN, Employment Discrimination Law (2nd ed.: Washington, American Bar Association, 1983), p. 79.