

Cat. 2.300.5

ACCÈS À L'ÉGALITÉ, ANCIENNETÉ ET DISCRIMINATION

Juin 1993

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**.

**Document adopté à la 377^e séance de la Commission,
tenue le 29 juin 1993, par sa résolution COM-377-6.1.3**

M^c André Labonté
Secrétaire de la Commission

Recherche et rédaction :

M^c Pierre Bosset, M^c Michel Coutu et M^c Maurice Drapeau
Conseillers juridiques à la Direction de la recherche

INTRODUCTION

1. La légitimité de l'ancienneté ne fait plus de doute : acquise de haute lutte par les organisations syndicales, sa reconnaissance constitue, pour les travailleurs et travailleuses, un outil de protection contre l'arbitraire patronal. Plus récente, la légalisation des mesures préférentielles de redressement, dans le cadre des programmes d'accès à l'égalité, vise à corriger la situation de groupes victimes de discrimination. Des tensions sont susceptibles de survenir entre l'une et l'autre, notamment lorsque des règles d'ancienneté départementale empêchent la mobilité de certains groupes à l'intérieur d'une entreprise, ou encore - cas fréquent en période de récession économique – quand le jeu normal des règles d'ancienneté entraînerait la mise à pied d'employés auxquels la mise en oeuvre d'un programme d'accès à l'égalité venait de permettre d'accéder à l'entreprise.

Le présent avis étudie, d'un point de vue juridique, les tensions et contradictions pouvant exister entre le principe d'ancienneté et les objectifs d'un programme d'accès à l'égalité. Il vise à jeter les jalons d'un «nouveau contrat de travail» qui tienne compte du droit des groupes victimes à la correction de la discrimination sans négliger les attentes légitimes du groupe bénéficiant de l'ancienneté.

Le choc anticipable est celui entre deux ordres de priorités contradictoires : d'un côté, la priorité conférée par l'ordre d'ancienneté; de l'autre côté, la priorité fixée par les mesures préférentielles de redressement dans le cadre du programme d'accès à l'égalité.

Voici quelques problèmes concrets dont les scénarios sont tirés des faits rapportés par la jurisprudence.

- 1) La liste de rappel prévoit que ceux-ci doivent être effectués en respectant le rang d'ancienneté. Mais, compte tenu de la discrimination passée, il y a peu de membres des groupes cibles sur la liste. Se prévalant des mesures préférentielles de redressement prévues pour l'embauche, est-il possible de donner préséance à celles-ci sur la liste de rappel?

- 2) La problématique est la même au niveau des promotions : pour assurer l'efficacité du programme d'accès à l'égalité, ne faut-il pas que le pourcentage de nomination des membres des groupes-cibles prévale sur l'ancienneté?
- 3) De même, lorsque la règle d'ancienneté départementale empêche les femmes et les membres des minorités d'avoir accès à certains emplois, le respect du droit à l'égalité ne nécessite-t-il pas la transformation d'une ancienneté départementale en ancienneté d'entreprise?
- 4) Et surtout, problème incontournable aux conséquences considérables, les mises à pied sur la base de l'ancienneté auront pour effet de faire perdre leur emploi aux femmes et aux membres des minorités, les derniers arrivés sur le marché du travail. Comment remédier à cette situation?

Telles sont les problèmes qu'il faut se préparer à rencontrer dans la réalité. Dans cette difficile conciliation de deux intérêts qui ont chacun leur légitimité, peut-on appliquer le concept de «discrimination indirecte» aux régimes d'ancienneté qui, bien que neutres en apparence, ont les effets discriminatoires décrits, afin de les modifier pour corriger ces effets?

I. DISCRIMINATION ET ACCÈS À L'ÉGALITÉ

2. Pour l'essentiel, cette première section renvoie à ce que l'on pourrait appeler la théorie générale de la discrimination, c'est-à-dire à des principes et à des concepts généraux dont la compréhension est essentielle à l'étude de la problématique particulière de l'ancienneté et des programmes d'accès à l'égalité. Ces principes et concepts ont déjà été approfondis ailleurs¹ et leur exposé, par conséquent, sera bref, bien qu'une attention particulière sera portée aux développements récents de la jurisprudence en matière «d'accommodement raisonnable», en raison de leur pertinence.

1 Voir plus particulièrement les textes suivants : Commission des droits de la personne, *La discrimination*, coll. Cahiers de la Commission des droits de la personne (no. 1), 1980; CDPQ *Avis concernant la discrimination indirecte en emploi et l'obligation de prendre des mesures d'adaptation en faveur des personnes touchées*, juin 1991; Pierre BOSSET, *La discrimination indirecte dans le domaine de l'emploi. Aspects juridiques*, coll. Études et Documents de recherche sur les droits et libertés (no. 1), Éditions Yvon Blais, 1989; Daniel PROULX, «Égalité et discrimination dans la Charte des droits et libertés de la personne: étude comparative», (1980) 10 *R.D.U.S.* 381; Pierre CARIGNAN, «L'égalité dans le droit: une méthode d'approche appliquée à l'article 10 de la Charte des droits et libertés de la personne», (1987) 21 *R.J.T.* 491; Pierre BOSSET et Madeleine CARON, «Un nouvel outil de lutte contre la discrimination : les programmes d'accès à l'égalité», (1987) 21 *R.J.T.* 71; CDPQ, *Lignes directrices concernant la validité des programmes d'accès à l'égalité établis volontairement dans le secteur de l'emploi*, octobre 1986.

a) **La discrimination**

3. Le «droit à l'égalité dans la reconnaissance et l'exercice des droits et libertés de la personne», tel qu'il est consacré à l'article 10 de la Charte québécoise, a connu, ces dernières années, une évolution importante sur le plan conceptuel. L'appréciation de situations de discrimination a d'abord été axée sur la culpabilité subjective du discriminant et sur les différences de traitement entre groupes différents. Puis, graduellement, on a reconnu que le concept de discrimination avait un caractère **objectif**. L'exigence de «l'intention discriminatoire» a, dans un premier temps, été abandonnée². Puis la jurisprudence, dans un développement dont on n'a peut-être pas encore fini de mesurer toutes les implications, a reconnu l'existence d'une forme de discrimination qualifiée **d'indirecte**³.

4. La discrimination indirecte est définie comme celle qui résulte d'une règle ou pratique apparemment **neutre**, appliquée de la même façon à tous, mais excluant ou désavantageant de façon significative certaines catégories de personnes⁴. Elle s'oppose en cela à la discrimination «directe», dans laquelle le discriminant opère une distinction, malicieusement ou non, sur la base d'un critère explicitement interdit. Peuvent être à la source d'une situation de discrimination indirecte les règles ou directives en vigueur dans une organisation, les pratiques suivies, l'aménagement des lieux, équipements et horaires de travail et, généralement, tout ce qui détermine la conduite de l'employeur dans les matières énumérées à l'article 16 de la Charte, à savoir: l'embauche, l'apprentissage, la durée de la période de probation, la formation professionnelle, la promotion, la mise à pied, la suspension, le renvoi et les conditions de travail, ainsi que dans l'établissement de catégories ou de classifications d'emploi⁵. L'usage de **l'ancienneté** comme critère servant à prendre des

2 *CDP c. L'Homme*, (1980) 1 C.H.R.R. D/849 (C.A.).

3 *O'Malley c. Simpsons-Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536. Pour une étude d'ensemble de cette notion, voir P. BOSSET, *op. cit.*, note 1.

4 *Avis concernant la discrimination indirecte en emploi...*, *loc. cit.*, note 1, p. 1. Sur les éléments constitutifs de la notion de discrimination indirecte, voir P. BOSSET, *op. cit.*, note 1, pp. 57 à 91.

5 *Avis concernant la discrimination en emploi...*, *loc. cit.*, note 1, p. 2.

décisions dans l'une ou l'autre de ces matières pourrait donc, dans certaines circonstances, constituer une forme de discrimination indirecte⁶.

5. Une règle d'emploi neutre ayant un effet discriminatoire indirect n'est pas pour autant irrémédiablement condamnée. Il faut d'abord distinguer suivant que cette règle neutre est rationnellement liée à l'exécution des fonctions ou non⁷. Une règle qui n'est pas rationnellement liée à l'exécution des fonctions n'a pas de justification objective, et doit normalement être abolie.

En revanche, une règle neutre liée rationnellement à l'exécution des fonctions peut être maintenue, mais doit être **adaptée** aux caractéristiques ou besoins spéciaux de ceux qu'elle affecte de manière discriminatoire. L'employeur et, le cas échéant, le syndicat⁸ ont donc, à cet égard, une obligation d'adaptation, dite «obligation d'accommodement»⁹.

6. L'obligation d'accommodement peut être définie comme celle d'adapter la règle ou pratique, de façon à éliminer ou à mitiger son effet discriminatoire, dans la mesure où cela n'occasionne pas une **contrainte excessive**. De façon générale, il y a contrainte excessive si l'adaptation requise entrave indûment l'exploitation de l'entreprise ou lui impose des coûts excessifs¹⁰. La preuve d'une telle contrainte incombe à celui qui l'invoque. Parmi les facteurs à considérer, l'on compte : la taille de l'entreprise, l'interchangeabilité des effectifs et des installations, le coût financier, les impératifs de sécurité, le moral du personnel et les règles de la convention collective¹¹.

6 Cette question est étudiée plus loin (v. section II, point B).

7 *O'Malley c. Simpsons-Sears*, précité, note 3, p. 555; *Alberta Human Rights Commission v. Central Alberta Dairy Pool*, [1990] 2 R.C.S. 489, p. 515.

8 V. plus loin (par. 8).

9 Arrêt *Central Alberta Dairy Pool*, précité (note 7) p. 517. Voir aussi *Avis concernant la discrimination indirecte en emploi...*, *loc. cit.*, note 1, pp. 4 à 6. Également, la décision récente du Tribunal des droits de la personne du Québec, *Smart c. T. Eaton Ltée*, J.E. n° 93-446.

10 Arrêt *O'Malley*, précité, note 3, p. 555.

11 Arrêt *Central Alberta Dairy Pool*, précité, note 7, p. 521.

7. Ces deux dernières considérations – impact sur les autres employés et respect de la convention collective – ont une pertinence particulière lorsqu'une règle d'ancienneté est à la source de la situation de discrimination. En effet, «l'adaptation» de la règle d'ancienneté – particulièrement lorsqu'il s'agit d'une ancienneté de type concurrentiel¹² – peut avoir un impact à la fois sur les règles de la convention collective et sur la situation des autres employés. Sans préjuger du traitement qui sera réservé à cette question (abordée plus spécifiquement dans la section III du présent document), il convient de faire ici état des remarques fort importantes faites par la Cour suprême du Canada, quant aux droits des autres employés et aux obligations des syndicats en pareilles matières, dans l'arrêt *Renaud c. Central Okanagan School District*¹³.

8. Il ressort de l'arrêt *Renaud*, premièrement, que le syndicat qui est à l'origine de l'effet discriminatoire ou qui y contribue engage sa responsabilité, et est tenu à une obligation d'accommodement. Un syndicat peut être partie à une discrimination de deux façons.

En **premier lieu**, il peut causer la discrimination ou y contribuer en participant à la formulation de la règle qui a un effet discriminatoire. Ce sera le cas, en particulier, lorsque la règle est inscrite dans la convention collective, puisqu'il faut présumer que toutes les dispositions d'une convention collective sont formulées conjointement par les parties, qui assument une responsabilité égale quant à leur effet sur les employés¹⁴. Dans un tel cas, le syndicat et l'employeur sont tenus, conjointement, de chercher à s'entendre avec ceux que cette règle affecte. On peut évidemment tenir compte, ici, du fait que l'employeur, qui est en charge du lieu de travail, est mieux placé pour formuler des solutions, et l'on peut donc s'attendre, à tout le moins, à ce qu'il amorce le processus¹⁵.

12 L'ancienneté de type concurrentiel est celle qui fixe l'ordre des priorités pour les droits où les intérêts des salariés sont conflictuels. Sur cette notion, v. plus loin (section II, point A).

13 [1992] 2 R.C.S. 970.

14 Il est à noter que l'argument voulant qu'il faille réexaminer les négociations afin de voir qui a insisté pour qu'une disposition soit adoptée, a été rejeté par la Cour suprême dans l'arrêt *Renaud*, *Id.*, p. 990.

15 *Id.*, p. 992.

En **deuxième lieu**, un syndicat peut engager sa responsabilité lorsque, sans avoir participé à la formulation ou à l'application de la règle, il gêne néanmoins les efforts raisonnables que l'employeur déploie pour s'entendre avec ceux qu'elle affecte. En effet, le syndicat «ne peut se comporter comme s'il était un spectateur»¹⁶, et est tenu de ne pas contribuer à la perpétuation de la discrimination. Si une entente raisonnable n'est possible qu'avec la collaboration du syndicat et que celui-ci bloque les efforts raisonnables de l'employeur, le syndicat devient, à son tour, partie à la discrimination. L'employeur doit cependant avoir étudié à fond d'autres mesures d'accommodement **avant** que la responsabilité du syndicat soit engagée¹⁷.

9. Par ailleurs, l'arrêt *Renaud* fournit quelques indications supplémentaires quant à la notion de *contrainte excessive* et, particulièrement, à l'impact de l'adaptation requise sur les droits des autres employés. L'arrêt pose d'abord en principe qu'une convention collective ne peut dégager les parties de leur obligations d'accommodement; en conséquence, l'incidence économique de la menace d'un **grief** ne saurait constituer, en soi, une contrainte excessive. «*Les parties n'ont pas la faculté de renoncer par contrat aux dispositions*» des chartes, rappelle-t-on¹⁸. Cependant, l'effet de la convention est pertinent pour évaluer le degré de contrainte qui pourrait résulter de l'adaptation : une «dérogation importante»¹⁹ à l'effet normal de conditions d'emploi prévues à la convention collective **peut** constituer, en effet, une ingérence excessive dans l'exploitation de l'entreprise.

Du point de vue du syndicat, la question de la contrainte excessive sera surtout abordée sous l'angle des droits des autres employés. Tel que mentionné plus haut, l'impact de l'accommodement sur le «moral des employés» est l'un des facteurs à considérer. Cependant, ce facteur doit être appliqué avec prudence. Seules sont recevables les craintes légitimes d'employés que leurs droits pourraient

16 *Id.*, p. 991.

17 *Id.*, p. 993.

18 *Id.*, p. 985, citant *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145.

19 *Id.*, p. 987.

être lésés. En revanche, les oppositions fondées sur «des attitudes incompatibles avec les droits de la personne»²⁰ ne sont pas pertinentes.

L'essence de l'obligation du syndicat, par ailleurs, diffère de celle de l'obligation de l'employeur du fait de la nature **représentative** du syndicat. Du point de vue syndical, l'accommodement ne devrait pas substituer à la discrimination subie par le plaignant une contre discrimination envers d'autres employés. Toute **atteinte importante** aux droits d'autrui justifiera «normalement»²¹ le refus du syndicat de consentir à une mesure qui aurait cet effet. La Cour précise que le syndicat satisfera «souvent»²² au critère de la contrainte excessive en démontrant que l'adoption des mesures d'accommodement proposées causerait un préjudice à d'autres employés.

C'est précisément à ce niveau, celui de l'évaluation du préjudice causé aux détenteurs d'ancienneté, que se situera le problème de la conciliation avec les priorités accordées par les mesures de redressement du programme d'accès à l'égalité.

b) Les programmes d'accès à l'égalité

10. La problématique qui fait l'objet du présent document doit être comprise dans le contexte particulier de la partie III de la *Charte des droits et libertés de la personne*²³. L'adoption de ces dispositions par l'Assemblée nationale, en 1982, a eu pour effet de dissiper tout doute ou toute ambiguïté pouvant exister quant à la légalité de mesures de «redressement» visant à améliorer la situation de groupes victimes de discrimination en accordant à leurs membres certains avantages préfé-

20 *Id.*, p. 988.

21 *Id.*, p. 992.

22 *Ibid.*

23 Arts. 86 à 92.

rentiels²⁴. La validité de telles mesures est désormais assurée en principe, tant du point de vue de la Charte québécoise que du point de vue constitutionnel²⁵.

11. Un programme d'accès à l'égalité n'est cependant valide que «*s'il est établi conformément à la Charte*»²⁶. Cette exigence est double.

Elle renvoie, **d'une part**, au besoin de justifier l'existence d'un programme par une situation de discrimination. L'article 86 dispose qu'un programme doit avoir pour effet de corriger la situation de personnes faisant partie de «groupes victimes de discrimination». Cette discrimination, directe ou indirecte, doit être envisagée dans une perspective systémique²⁷. Elle doit par ailleurs, et par définition, avoir un caractère collectif.

Dans le cadre d'un programme imposé par le tribunal (ou recommandé) par la Commission, la preuve de la discrimination doit être faite. Dans le cadre d'un programme volontaire, l'employeur jouit d'une certaine **marge d'appréciation** qui lui permet d'évaluer si certaines de ses pratiques peuvent avoir (ou avoir eu) un effet discriminatoire, sans avoir à en faire la preuve²⁸. Par conséquent, il revient à celui qui conteste l'existence d'une situation de discrimination collective, dans un tel cadre, de faire la preuve de l'inexistence d'une telle situation.

24 P. BOSSET et M. CARON, «Un nouvel outil de lutte contre la discrimination...», *loc. cit.*, note 1, pp. 98-100.

25 V. le paragraphe (2) de l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

26 Art. 86 de la Charte (québécoise).

27 *Action Travail des Femmes c. Canadien National*, [1987] I R.C.S. 1114. Sur le caractère systémique de la discrimination : Marie-Thérèse CHICHA-PONTBRIAND, *Discrimination systémique : Fondement et méthodologie des programmes d'accès à l'égalité*, coll. Études et Documents de recherche sur les droits et libertés (no. 2), Éditions Yvon Blais, 1989.

28 *Lignes directrices concernant la validité des programmes d'accès à l'égalité établis volontairement...*, *loc. cit.*, note 1, par. 6.

D'autre part, l'exigence de conformité à la Charte impose de s'assurer que les mesures de redressement choisies ne portent pas «indûment»²⁹ atteinte aux intérêts de ceux qui n'appartiennent pas au groupe cible. On tentera, en d'autres termes, de respecter la logique de redressement qui sous-tend un programme, tout en ménageant, autant que possible, les droits de ceux qui ne peuvent en bénéficier. Un «partage du fardeau» – pour reprendre l'expression utilisée par la jurisprudence américaine – respectera cette harmonie qui risquerait cependant d'être rompue par des mesures excluant **totalem**ent les personnes n'appartenant pas au groupe cible³⁰. Dans cette perspective, on pourrait estimer abusif un programme qui exigerait le congédiement de personnes en emploi dans le but de les remplacer en embauchant des membres du groupe cible.

II. DISCRIMINATION ET ANCIENNETÉ

12. Cette seconde section aborde l'épineux problème du conflit potentiel entre l'ancienneté et les programmes d'accès à l'égalité. D'abord, nous nous arrêterons à la nature contractuelle de l'ancienneté comme mesure de protection de la sécurité d'emploi. Il faudra ensuite démontrer comment on peut considérer que malgré le caractère neutre du critère, l'ancienneté a dans certains cas des effets discriminatoires.

a) L'ancienneté et la protection de la sécurité d'emploi

13. L'ancienneté se définit juridiquement comme étant la durée de service d'un travailleur attributive d'un statut auquel certains droits sont associés³¹. L'ancienneté a ainsi pour objet de

29 *Id.*, par. 9.

30 «Des mesures de préférence absolue, bien que théoriquement possibles dans les cas les plus sérieux, doivent être considérées avec circonspection» : *ibid.* Voir à ce sujet P. BOSSET et M. CARON, «Un nouvel outil de lutte contre la discrimination...», *loc. cit.* (note 1), pp. 117-118. L'expression "partage du fardeau" a été utilisée par la Cour suprême des États-Unis dans *United Steelworkers of America v. Weber*, 443 U.S. 193 (1979).

31 Gérard DION, *Dictionnaire canadien des relations du travail*, Québec, P.U.L., 1976, p. 35. William B. GOULD, "Employment Security, Seniority and Race: the Role of Title VII of the Civil Rights Act of 1964", (1967) *Howard L.J.* 1.

déterminer un ordre de priorité fondé sur un critère objectif, la durée du service, en vue de conférer des bénéfices spécifiques, liés à l'emploi. Notamment, les mouvements de personnel (promotion, transfert, supplantation, mise à pied et rappel, licenciement), sont, dans une mesure variable, soumis au principe d'ancienneté. Celui-ci demeure une règle fondamentale d'équité dans les milieux de travail, en ce qu'il vise à écarter, autant que possible, l'arbitraire ou l'injustice dans l'octroi des avantages rattachés à l'emploi³².

14. Droit contractuel négocié, l'ancienneté revêt un caractère multiforme. L'ancienneté est soit concurrentielle (**competitive seniority**), soit non concurrentielle (**benefit seniority**)³³. L'ancienneté concurrentielle détermine les droits des salariés dans les cas où leurs intérêts sont conflictuels (ainsi quant aux promotions et licenciements). L'ancienneté non concurrentielle a seulement pour objet d'accorder un bénéfice lié à l'emploi, par exemple quant à la durée des vacances, sans que l'octroi de ce bénéfice se réalise au détriment d'un autre salarié.

L'ancienneté varie également du point de vue de son degré d'influence, ainsi que de son domaine d'application³⁴. Au regard du degré d'influence, l'effet de l'ancienneté peut être absolu, ou au contraire mitigé, de manières fort diverses. L'ancienneté **absolue** fait par exemple de la durée du service le seul critère applicable en matière de promotion; alors que l'ancienneté **mitigée** autorise la prise en considération d'autres facteurs, tels la compétence, les aptitudes, etc. Au regard du domaine d'application, l'ancienneté vaudra à l'échelle de l'entreprise pour tous les salariés (l'ancienneté d'entreprise), ou, à l'inverse, n'aura qu'un effet limité à une unité de travail déterminée, ou à une fonction spécifique (l'ancienneté départementale)³⁵. Ces distinctions sont importantes, car les problèmes

32 Hélène DAVID, *Femmes et emploi, le défi de l'égalité*, Montréal, P.U.Q., 1986, p. 31.

33 Louise DULUDE, *Seniority and Employment Equity*, document préparé pour la Commission canadienne des droits de la personne, 1992, p. 3 et s.

34 Claude VÉZINA, *Les clauses d'ancienneté et l'arbitrage de grief*, Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1979.

35 L. DULUDE, *op. cit.*, note 33, p. 8 et s.

posés par les clauses d'ancienneté, par rapport aux programmes d'accès à l'égalité, varient grandement suivant le type d'ancienneté en cause.

Ainsi, la primauté des mesures préférentielles de redressement sera davantage nécessaire face à une règle d'ancienneté absolue que face à l'ancienneté mitigée. De même, les régimes d'ancienneté départementale sont susceptibles de poser certains problèmes qui n'existent pas lorsque l'ancienneté d'entreprise est reconnue.

15. Sur le plan juridique, l'ancienneté ne revêt pas, contrairement à ce qui a parfois été soutenu, le caractère d'un «droit acquis»³⁶; elle n'est pas autre chose qu'un **droit contractuel** établissant une condition de travail et qui, à ce titre, demeure sujette à négociation et à modification³⁷. Les parties à la négociation collective peuvent donc, d'un commun accord, changer la nature et la portée des règles d'ancienneté. En conséquence, la nature contractuelle de l'ancienneté autorise, dans le cadre de l'implantation des programmes volontaires d'accès à l'égalité, diverses modifications et adaptations, lesquelles doivent toutefois faire l'objet d'une entente entre les parties. Il en est de même dans le cadre des programmes imposés où l'on peut laisser cette option aux parties à la convention collective, pour ne s'adresser au tribunal pour fixer de tels adaptations qu'en cas de refus de négocier une solution de bonne foi.

b) Les effets discriminatoires de certains régimes d'ancienneté

16. Du point de vue de la *Charte des droits et libertés de la personne*, l'ancienneté considérée comme une condition de travail, ayant au demeurant un effet souvent déterminant sur les promotions, les déplacements, les mises à pied, les mutations, l'accès à la formation professionnelle, est assujettie au droit à l'égalité énoncé à l'article 10 de la Charte. Plus spécifiquement, les régimes

36 Voir, entre autres, Raymond LEMOYNE, "Seniority Accumulating Outside the Bargaining Unit", (1968) *R.D.T.* 129. *Nadeau c. Johns-Manville Canada inc.*, D.T.E. 84T-54.

37 Voir *Hémond c. Coopérative fédérée du Québec*, [1989] 2 R.C.S. 962.

d'ancienneté doivent se conformer notamment aux garanties édictées, en matière de non-discrimination au travail, par l'article 16 de la Charte :

«16. Nul ne peut exercer de discrimination dans l'embauche, l'apprentissage, la durée de la période de probation, la formation professionnelle, la promotion, la mutation, le déplacement, la mise à pied, la suspension, le renvoi ou les conditions de travail d'une personne, ainsi que dans l'établissement de catégories ou de classifications d'emploi.»

17. Quoique l'ancienneté soit une règle neutre, d'application générale, et fondée sur un critère objectif, elle peut néanmoins, en certaines circonstances, compte tenu des pratiques discriminatoires existant actuellement, ou ayant existé auparavant dans une entreprise déterminée, entrer en conflit avec le droit à l'égalité. Dans cette perspective un régime d'ancienneté pourra être à la source d'une **discrimination indirecte**.

18. L'ancienneté peut ainsi, dans certains cas, entraîner un **blocage de la progression en emploi**, par rapport notamment à l'accès aux promotions. Si par hypothèse une catégorie d'emploi auparavant réservée aux hommes devient accessible aux femmes, celles-ci ayant moins d'ancienneté que la plupart de leurs collègues masculins, pourront, compte tenu du régime d'ancienneté en cause, être privées pendant longtemps de toute possibilité d'avancement. Dans une situation de ce genre, les salariées subissent l'effet préjudiciable de la politique d'embauche de l'entreprise, longtemps discriminatoire en fonction du sexe. Il y a donc toujours présence de règles discriminatoires dans l'entreprise; non plus de pratiques discriminatoires à l'embauche, mais plutôt de règles qui, malgré leur neutralité, ont un effet indirectement discriminatoire par rapport à la progression verticale en emploi.

19. Un même effet de blocage de la progression en emploi peut être également la résultante d'un strict cloisonnement de l'aire d'influence de l'ancienneté en fonction d'unités déterminées, tel le département. Certes, **l'ancienneté départementale** n'est pas en elle-même discriminatoire; si cependant, historiquement, la délimitation des unités de travail s'est faite de manière discriminatoire (par exemple, par exclusion des femmes de certaines unités), alors l'ancienneté départementale –même si l'exclusion se voit maintenant abrogée – entraîne souvent une perpétuation de l'effet

discriminatoire. Notamment, la règle de la perte de l'ancienneté départementale en cas de mobilité vers une autre unité de travail, constitue un élément dissuasif évident³⁸.

20. Un problème particulièrement difficile que posent les régimes d'ancienneté en contexte de perpétuation d'un effet discriminatoire dans l'entreprise, est celui des **licenciements par ordre inverse d'ancienneté**. Lorsqu'une entreprise, ayant pratiqué auparavant de la discrimination à l'embauche (par exemple à l'égard des femmes et des minorités ethniques), puis favorisé un traitement non discriminatoire des candidats à un emploi, doit maintenant procéder à des licenciements, il est fort probable que ceux-ci auront un **impact disproportionné** sur le maintien en emploi des groupes autrefois victimes d'une discrimination directe³⁹. En de tels cas, un lien manifeste existe entre l'effet préjudiciable et les pratiques discriminatoires antérieures de l'entreprise.

21. Des licenciements massifs peuvent ainsi avoir un effet dévastateur sur l'implantation des programmes d'accès à l'égalité : le conflit potentiel entre le principe de l'ancienneté et l'accès à l'égalité revêt ici une acuité particulière⁴⁰. Or, comme nous l'avons précédemment mentionné, les régimes d'ancienneté demeurent assujettis au principe de non-discrimination garanti par la *Charte*

38 Voir Muriel GARON, *Les conventions collectives: une piste pour l'analyse de la discrimination en milieu de travail*, coll. «Études et documents de recherche sur les droits et libertés», Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989, p. 10 et 52. Kathryn MACLEOD, *The Seniority Principle: is it discriminatory?* (Research Essay Series n° 11), Kingston, Industrial Relation Center, 1987, p. 12. Également L. DULUDE, *Seniority and Employment Equity*, *op. cit.*, note 33, p. 72.

39 Voir, en tant qu'illustrations concrètes de telles situations, la description des faits dans les décisions américaines : *Firefighters Local Union n° 1784 v. Stotts* (1984) 34 FEP Cases 1703 (Cour suprême des États-Unis). *Wygant v. Jackson Bd. of Ed.* (1986) 40 FEP Cases 1321 (Cour suprême des É.-U.).

40 Voir notamment Colleen SHEPPARD, "Affirmative Action in Times of Recession: The Dilemma of Seniority-based Layoffs", (1984) 42 *U. of T. Fac. of L. Rev.* 1. V., en droit américain : *Watkins v. Steel Workers Local 2369*, 369 F. Supp. 1221 (E.D. La. 1974): infirmé par 10 FEP Cases 1297 (C.A. 5^{ième} cir., 1975).

des droits et libertés de la personne : à la différence du droit américain⁴¹, le droit québécois n'exclut pas les systèmes d'ancienneté du domaine d'application du droit à l'égalité⁴². La Charte québécoise ne contient en effet aucune disposition analogue à celle de l'article 703(H) du *Civil Rights Act* américain⁴³.

22. Les critères pour déterminer si un régime d'ancienneté crée une discrimination indirecte, et par conséquent, les exigences de preuve de la situation de discrimination, pourront varier selon le contexte d'appréciation et l'objectif poursuivi. Entre autres, quatre contextes peuvent être distingués : premièrement, celui où l'une des applications de l'ancienneté est accessoirement mise en cause afin d'obtenir une adaptation individuelle; deuxièmement, celui où c'est à titre principal que le régime d'ancienneté est directement contesté en dehors du cadre d'un programme d'accès à l'égalité; troisièmement, celui où le régime d'ancienneté fait l'objet d'un examen dans le cadre d'un

41 Voir le *Civil Rights Act*, Title VII, 42, U.S.C. 2000^e, article 703(H) : "... it shall not be an unlawfull employment practice for an employer to apply different standards of compensation, or different terms, conditions or privileges of employment pursuant to a bona fide seniority system (...), provided that such differences are not the result of an intention to discriminate..."

Voir notamment *United Airlines v. Evans* (1977) 14 FEP Cases 1510 (Cour suprême). *Teamsters v. United States* 14 FEP Cases 1514 (1977, Cour suprême). *Firefighters Local Union n° 1784 v. Stotts* (1984) 34 FEP Cases 1703 (Cour suprême).

Voir: L. DULUDE, *Seniority and Employment Equity*, *op. cit.*, note 33, p. 43 et s.

42 Commission des droits de la personne du Québec, *Discrimination indirecte et règles d'ancienneté*, le 9 mars 1990, COM-339-9.3.1 (par M^e Michel Coutu). Quant au droit canadien, L. DULUDE, *op. cit.*, note 33, p. 55 et s.

43 L'article 19 de la *Charte des droits et libertés de la personne* crée certes une exception au bénéfice de l'ancienneté, mais strictement au regard du principe d'égalité de la rémunération :

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

Il n'y a pas de discrimination si une différence de traitement ou de salaire est fondée sur... l'ancienneté..., si ces critères sont communs à tous les membres du personnel.»

Cette disposition n'a donc aucune incidence sur les questions ici discutées, qui concernent surtout les promotions et les licenciements.

programme imposé d'accès à l'égalité; et finalement, celui de l'examen d'un régime d'ancienneté dans le contexte de l'implantation d'un programme volontaire d'accès à l'égalité.

Dans le contexte où ce n'est qu'à titre accessoire, aux fins d'obtenir une adaptation individuelle, que l'ancienneté est mise en cause, la preuve d'un effet disproportionné devrait suffire à démontrer son caractère indirectement discriminatoire. L'exemple est maintenant connu : un horaire de travail, soumis aux choix selon l'ordre d'ancienneté, qui aurait pour effet d'empêcher certaines personnes de remplir leurs devoirs religieux, pourrait faire l'objet d'adaptation afin d'accommoder la liberté de religion.

Dans le contexte où c'est à titre principal que le système d'ancienneté est directement contesté en dehors du cadre d'un programme d'accès à l'égalité, celui-ci n'est pas *ipso facto* indirectement discriminatoire du seul fait qu'il a un effet préjudiciable sur un groupe déterminé de salariés, identifiable sur la base du sexe, de l'origine ethnique ou nationale, etc. De l'avis de la Commission des droits de la personne, «*pour évaluer si un système d'ancienneté, quoique neutre dans son principe, produit des résultats indirectement discriminatoires, il sera généralement requis d'examiner les **pratiques antérieures de l'entreprise** (au niveau de l'embauche et des assignations de travail, par exemple), notamment pour déterminer si, par la voie de l'ancienneté, une discrimination passée voit ses effets prolongés dans le temps*»⁴⁴.

Dans le contexte des programmes d'accès à l'égalité imposés, la preuve que l'ancienneté prolonge les effets de la discrimination passée sera généralement exigée.

En revanche, dans le cadre des programmes volontaires, l'employeur dispose de sa **marge d'appréciation** pour examiner les effets discriminatoires de l'ancienneté. Si en plus, les adaptations nécessaires aux régimes sont négociées et intégrées ou annexées à la convention collective, elles posséderont une assise légale solide. Dès lors, il appartiendra à celui qui conteste la mesure de redressement

du programme d'accès à l'égalité, de faire la preuve que celle-ci lui cause un préjudice excessif ou que le

44 CDPQ, *Discrimination indirecte et règles d'ancienneté*, loc. cit., note 42, p. 20.

régime d'ancienneté ne créait aucune discrimination.

III. LA RECHERCHE D'UN ÉQUILIBRE

23. À la recherche d'un équilibre entre l'ancienneté et les programmes d'accès à l'égalité, nous proposons d'abord une méthode de résolution de la contradiction essentiellement fondée sur l'interprétation de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec et sur l'application de la théorie générale de la discrimination. En application de cette méthode d'analyse, nous suggérons finalement de faire primer les mesures de redressement sur l'ancienneté, ce qui implique nécessairement d'apporter certaines adaptations aux régimes d'ancienneté afin d'en corriger les effets discriminatoires.

a) Le cadre d'analyse proposé

24. Pour déterminer dans quelle mesure la situation de discrimination constatée nécessitera d'apporter des adaptations au régime d'ancienneté, il importe de voir comment l'ancienneté entre en conflit avec le programme d'accès à l'égalité. Or, l'ordre de priorité établi par l'ancienneté se heurtera aux mesures de redressement qui accordent temporairement certains avantages préférentiels aux membres des groupes victimes de discrimination. Cela, sur deux fronts vitaux. D'abord, maîtresse de la progression en emploi, l'ancienneté pourra contribuer à maintenir les nouveaux arrivants au bas de l'échelle. Et surtout, en cas de mise à pied, le programme d'accès à l'égalité sera compromis par l'application de «l'ordre inverse d'ancienneté».

25. Afin de déterminer quel droit, entre l'ancienneté et les mesures de redressement, cédera la priorité, il faudra considérer la défense de justification de l'ancienneté. Certes, l'ancienneté sera généralement considérée comme une exigence rationnelle⁴⁵. La recherche d'une équité interne dans l'allocation des avantages liés à l'emploi constitue sûrement une exigence rationnelle. Mais, il en va autrement de certains régimes d'ancienneté départementale qui participent eux-mêmes à la discrimination en maintenant la situation créée par les pratiques antérieures de discrimination. La sanction est alors l'annulation.

26. Dans les cas où le régime d'ancienneté constitue une exigence rationnelle, il faudra alors tenir compte de l'obligation d'adaptation : les régimes d'ancienneté qui ont indirectement un effet discriminatoire (les promotions selon l'ordre d'ancienneté, les mises à pied selon l'ordre inverse, par exemple) sont alors soumis à une obligation d'adaptation n'entraînant pas de contrainte excessive. L'employeur et le syndicat⁴⁶ ont donc l'obligation d'adapter la règle d'ancienneté afin d'en corriger les effets discriminatoires sur les membres des groupes victimes de discrimination.

27. Dans le cadre des programmes d'accès à l'égalité, cette adaptation de l'ancienneté en faveur des membres d'un groupe cible est d'autant plus envisageable qu'il s'agit ni plus ni moins d'une mesure de redressement nécessaire à l'atteinte des objectifs de représentation du programme⁴⁷.

Se posera alors la question fondamentale : les adaptations de l'ancienneté afin d'assurer la priorité des mesures de redressement du programme d'accès à l'égalité causent-elles un préjudice excessif

45 Dans l'état actuel du droit, nous appliquons le raisonnement de la majorité dans *Alberta Human Rights Commission v. Central Alberta Dairy Pool*, précité, note 7. Il est toutefois possible d'entrevoir certains développements à partir des motifs minoritaires : l'exception quant aux qualités requises par un emploi, au sens de l'article 20 de la Charte québécoise, pourrait s'appliquer tant à la discrimination indirecte qu'à la discrimination directe et, dans les deux cas, pour satisfaire cette défense de justification, il faudrait démontrer qu'il y a eu des efforts d'accommodement raisonnable.

46 *Renaud c. Central Okanagan School District*, précité, note 13.

47 Voir l'article 7 du *Règlement sur les programmes d'accès à l'égalité*, (1986), 118 G.O. II, 1959 (en vigueur depuis le 1^{er} septembre 1986), et les *Lignes directrices concernant la validité des programmes d'accès à l'égalité* établis volontairement dans le secteur de l'emploi, *loc. cit.*, note 1 in fine.

aux droits des employés de la majorité? Il est certain que ces «atteintes à la convention collective» affecteront «le moral du personnel»⁴⁸ puisqu'elles touchent aux «attentes légitimes» des détenteurs d'ancienneté. Par contre, comme nous sommes dans le contexte collectif des PAE, l'appréciation du préjudice devrait se faire sur une base collective en tenant compte des avantages dont le groupe majoritaire a profité pendant que les groupes minoritaires en ont été privés par discrimination. Le préjudice apparaît ainsi moins grand au regard de la position privilégiée de la majorité.

b) L'adaptation des régimes d'ancienneté

28. La distinction entre le régime de réparation personnelle et le régime de redressement collectif impose une classification des remèdes liés à l'ancienneté. Comme l'octroi de l'ancienneté rétroactive est réservé aux victimes individuelles de discrimination, à titre de mesure de réparation personnelle⁴⁹, et comme l'octroi d'une ancienneté préférentielle universelle serait disproportionnée, ce sera l'adaptation du régime d'ancienneté, c'est-à-dire sa suspension temporaire et occasionnelle, dont la fréquence sera déterminée selon une règle de proportionnalité (voir les exemples donnés, infra, paragraphe 30), qui sera retenue comme solution assurant le redressement collectif de la situation du groupe victime de discrimination.

29. Dans le cas de la ségrégation professionnelle et de l'inégalité salariale perpétuées par certains régimes d'ancienneté départementale, le redressement recherché est un décroisement afin que l'ancienneté accumulée par les membres des groupes victimes de discrimination leur donne accès à la gamme d'emploi mieux situés dans l'échelle de l'entreprise⁵⁰. Si nécessaire, ce décroisement de l'ancienneté pourrait même aller au-delà des différences d'unités d'accréditation, et voire même intégrer les employés non syndiqués.

48 Les arrêts *Dairy Pool*, précité, note 7, et *Renaud*, précité, note 13. Notons toutefois que ces arrêts traitent de l'adaptation raisonnable sans contrainte excessive dans un cadre individuel qui n'est pas lié aux mesures de redressement d'un PAE.

49 CDPQ, *Possibilité d'accorder une ancienneté à titre rétroactif à des personnes victimes de discrimination dans l'embauche*, (par M^e Pierre Bosset), 1988, cat. 191; *CDPQ c. Ville de Lachine*, [1989] R.J.Q. 17 (C.A.); *Franks v. Bowman Transportation Co.*, 12 FEP Cases 549 (Cour suprême, 1976).

50 Note - "Title VII, Seniority, Discrimination, and the Incumbent Negro", (1967) 80 H.L.R. 1260.

30. Dans le cas où la discrimination passée a eu pour effet d'exclure les membres des groupes cibles de l'emploi, il faut assurer l'efficacité du programme d'accès à l'égalité en déterminant la primauté des mesures préférentielles de redressement sur les dispositions inconciliables de la convention collective, dont les règles d'ancienneté. Afin de respecter ce qu'il est convenu d'appeler le «taux de nomination», c'est-à-dire la règle de proportionnalité fixée par le programme pour l'engagement et l'octroi de promotions, le régime d'ancienneté est occasionnellement suspendu selon le pourcentage correspondant à ce taux d'engagements et de promotions préférentiels.

Par exemple, en matière d'embauche, pour assurer l'efficacité des mesures de redressement prévues par le programme d'accès à l'égalité, l'ordre de priorité de la liste de rappel devrait être suspendu dans une proportion égale au pourcentage de nomination préférentielle prévu. Dans un premier temps, cette suspension est au bénéfice des membres du groupe cible inscrit sur la liste de rappel; et dans un second temps, elle peut même permettre de chercher des candidats ou candidates à l'extérieur.

De la même façon, pour donner priorité aux mesures de redressement en cas de promotion dans les emplois supérieurs où une sous représentation a été identifiée, les priorités d'ancienneté devraient être suspendues dans la proportion égale au taux de promotion que le programme a déterminé⁵¹.

Également en matière de perfectionnement⁵² et de transferts, il peut être essentiel d'accorder aux membres des groupes victimes de discrimination une préférence leur octroyant un pourcentage déterminé des places et postes disponibles.

51 *Firefighters Local 93 v. City of Cleveland*, connu sous le nom de l'affaire *Vanguards*, 41 FEP Cases 139 (Cour suprême, 1986). Voir également *United States v. Paradise*, 107 S. Ct. 1053 (1987).

52 Dans *United Steel Workers of America v. Weber*, 443 U.S. 193, 20 FEP 1 (Cour suprême, 1979), la Cour suprême des États-Unis a déclaré que l'accès préférentiel au perfectionnement inscrit à la convention collective, était valide. Ceux qui contestaient cette mesure, alléguaient qu'il fallait respecter l'ancienneté (notons que la question n'est qu'incidente : le programme de formation étant nouveau, l'ancienneté ne s'appliquait pas). À plus forte raison il devrait en être de même au Québec où, contrairement aux États-Unis, les PAE et les mesures préférentielles de redressement sont prévues législativement.

31. En matière de licenciement, l'approche procède par gradation : tous les moyens, en commençant par ceux qui affectent le moins possible les détenteurs d'ancienneté, doivent être mis en oeuvre dans le but de maintenir le taux de représentation actuel du programme d'accès à l'égalité (par exemple, dans un milieu où le taux de représentation des femmes se situe maintenant à 20 % grâce au programme, ce taux de représentation devrait être maintenu et correspondre encore à 20 % après le licenciement).

À titre d'exemple, voici un ordre de gradation envisageable.

La première démarche pourrait consister à explorer toutes les avenues permettant de limiter le nombre des licenciements : mise à pied sur une base volontaire offerte selon l'ordre d'ancienneté, programme de travail partagé, programme de pré-retraite, etc.⁵³.

Combinée à cette première démarche, une mesure de soutien propre au programme d'accès à l'égalité pourrait être prévue. En effet, si des programmes spéciaux allant au-delà de ceux déjà prévus à la convention collective, sont mis sur pied dans le but spécifique de favoriser le maintien du taux de représentation du groupe victime, on devrait prévoir que le bénéfice du poste devenu vacant revient à un membre du groupe cible. Ainsi, si une prime spéciale de séparation ouvre un poste, celui-ci revient à un membre du groupe cible qui autrement aurait pu être licencié. Ici, il n'y a pas de perte de droit contractuel pour les plus anciens: la mesure de soutien va au-delà de la convention.

Une autre mesure intermédiaire respectant les droits contractuels des anciens est envisageable : prévoir qu'à compter d'une date précisée, les membres du groupe cible posséderont une ancienneté préférentielle sur les autres employés embauchés après cette date. Ainsi, même si un membre du groupe cible possède moins d'ancienneté qu'une autre personne embauchée après la date fixée, l'ancienneté préférentielle favorisera la première en cas de licenciement. Malgré cela, aucun droit

53 L. DULUDE, *loc. cit.*, note 33.

contractuel n'est affecté, puisque la règle ayant été prévue et négociée au départ, elle était connue et faisait partie du contrat de travail des nouveaux employés.

32. Finalement, en dernier ressort, il faudra peut-être envisager l'application d'une règle de proportionnalité, même en matière de licenciement. En effet, les mises à pied et licenciements étant susceptibles de compromettre irrémédiablement les acquis obtenus grâce au programme d'accès à l'égalité, il peut devenir nécessaire d'adopter une règle protégeant le taux de représentation atteint par les groupes victimes⁵⁴ tout en maintenant le pourcentage de représentation du groupe majoritaire. À l'intérieur de chaque groupe, majoritaire et minoritaire, les licenciements se font en fonction de l'ancienneté.

Par exemple, si le groupe protégé par le programme d'accès à l'égalité représente 10 % des effectifs de l'emploi ou du groupement d'emplois considéré au moment du licenciement, alors que le groupe majoritaire forme 90 %, on devrait respecter le taux actuel de représentation du groupe minoritaire : par conséquent, seulement 10 % des personnes licenciées pourraient provenir du groupe protégé (ce qui maintiendrait son taux de représentation après licenciement à 10 % de l'ensemble du personnel); l'autre 90 % des personnes licenciées proviendrait du groupe formant la majorité, ce qui maintiendrait aussi son taux actuel de représentation (avec, il faut en prendre conscience, un effet sur certains membres individuels du groupe majorité dont la sécurité d'emploi serait compromise malgré leur ancienneté : c'est ici que se posera la question du préjudice excessif).

33. Cette gradation de moyens jusqu'à l'adoption d'une règle de proportionnalité en matière de licenciement n'épuise en rien les solutions que les parties au contrat de travail pourraient concevoir

54 C'est cette solution qui avait été imposée aux États-Unis par le tribunal de première instance dans *Watkins v. Steel Workers Local 2369*, 8 FEP Cases 729, infirmé 516 F. 2d 41, (5th Cin. 1975, et négocié par le syndicat et l'employeur dans l'arrêt *Wygant v. Jackson Board of Education*, 40 FEP Cases 1321 (Cour suprême). Bien que la Cour suprême des États-Unis ait décidé que cette solution était contraire à la disposition de protection de l'ancienneté (supra, Titre II), le jugement minoritaire du juge Brennan dans *Wygant v. Jackson Board of Education*, 40 FEP Cases 1321 et dans *Firefighters Local Union No 1784 v. Stotts*, 34 FEP Cases, 1702 (Cour suprême, 1984), nous intéresse dans la mesure où une telle protection de l'ancienneté n'existe pas en droit québécois.

afin d'assurer les acquis du programme d'accès à l'égalité. Dans le contexte des relations de travail tout doit être mis en oeuvre afin de favoriser une solution qui soit négociée.

34. Afin de respecter l'économie générale des programmes volontaires d'accès à l'égalité, les parties patronales et syndicales doivent être incitées à négocier une solution de conciliation entre l'ancienneté et les avantages préférentiels prévus par les mesures de redressement du programme d'accès à l'égalité. Lorsque l'employeur et le syndicat n'auront pas fait assez d'efforts pour adapter la clause d'ancienneté, les membres du groupe visé par le PAE pourraient porter plainte ou faire une demande d'intervention à la Commission des droits de la personne. La Commission sera ainsi appelée à faire enquête. Éventuellement, selon le contexte du programme et dépendant de la mesure dans laquelle ses résultats seraient compromis, la Commission pourrait ainsi être amenée à s'adresser au Tribunal des droits de la personne.

Il va de soi que la Commission sera alors tenue au respect de la règle de confidentialité *«des renseignements et documents qui lui ont été fournis aux fins de l'élaboration, l'implantation ou l'observation d'un programme d'accès à l'égalité»*, règle de confidentialité imposée par l'article 93 de la Charte et selon laquelle ces renseignements ou documents *«ne peuvent être divulgués ni utilisés autrement, sauf du consentement de celui qui l'a fourni»*.

35. Dans le cadre des programmes d'accès à l'égalité imposés, le principe de la recherche d'une solution négociée devrait également être appliqué. En effet, une lecture attentive des articles 88 et 91 de la Charte permet de constater qu'ils prévoient une procédure en deux temps : l'élaboration et l'implantation d'un programme et, éventuellement, sa modification par le Tribunal. Il est donc possible, durant toute l'étape de l'élaboration et de l'implantation du programme, de chercher à parvenir à une solution négociée. Selon le deuxième alinéa de l'article 88, une première décision du Tribunal ordonne l'élaboration et l'implantation d'un programme; et, suite au dépôt du programme, le Tribunal peut en conformité avec la Charte, y apporter les modifications qu'il juge adéquates. De plus, si des faits nouveaux survenaient en cours de programme (pensons à un licenciement), le Tribunal pourrait à nouveau être appelé à le modifier conformément à l'article 91.

CONCLUSION

36. Les principes que nous venons d'établir peuvent servir de guide dans l'élaboration de mesures de correction des effets discriminatoires de l'ancienneté dans le cadre de l'implantation de programmes d'accès à l'égalité. Ces mesures d'adaptation ont avantage à être négociées. À défaut de solution adéquate négociée par les parties à la convention collective, la Commission des droits de la personne pourrait être appelée à faire enquête. Ultimement, si ses recommandations n'étaient pas suivies, la Commission serait amenée à chercher à obtenir que le Tribunal des droits de la personne les impose.

37. En conclusion, rappelons l'approche analytique proposée et reprenons les principales solutions envisageables.

a) Approche analytique

1. Il faut d'abord procéder à une analyse du régime d'ancienneté afin d'identifier les règles qui ont un effet discriminatoire ou sont susceptibles de retarder ou compromettre la réalisation de l'objectif du programme d'accès à l'égalité.
2. L'employeur et le syndicat doivent ensuite rechercher une solution négociée reconnaissant la préséance des mesures préférentielles de redressement sur le régime d'ancienneté.
3. Ce n'est qu'à défaut d'adoption des mesures d'adaptation adéquates que la Commission pourrait être appelée à intervenir et, éventuellement, à prendre une poursuite devant le Tribunal des droits de la personne.

b) Les solutions envisageables

1. Lorsque l'ancienneté départementale est à la source ou perpétue la ségrégation professionnelle, il faut rechercher l'élargissement de l'aire d'ancienneté.
2. Afin de corriger les effets de la discrimination passée pratiquée dans l'embauche, on devrait suspendre l'application de la liste de rappel dans une proportion correspondant au taux de nomination préférentiel fixé par le programme d'accès à l'égalité aux fins de l'embauche.
3. Également, lorsqu'il y a eu discrimination dans les assignations à des emplois moins bien situés dans l'échelle et dans les affectations aux tâches ingrates, il conviendrait de

suspendre l'application de l'ancienneté conformément à la proportion déterminée par le taux de nomination préférentiel du programme d'accès l'égalité pour les fins des transferts et des promotions.

4. En cas de licenciement, ce n'est qu'après avoir considéré avec le plus grand sérieux toute autre solution possible que l'on pourrait envisager de mettre de côté la règle d'ancienneté selon un pourcentage qui permettrait de maintenir le taux actuel de représentation des membres du groupe protégé.

38. Il faut être conscient que toute intervention au niveau de l'ancienneté est délicate, puisqu'il s'agit d'un véritable système emportant des droits de priorité qui peuvent se répercuter par l'enclenchement d'un processus de supplantation. Par contre, comme le propre des mesures préférentielles de redressement des programmes d'accès à l'égalité est aussi de conférer des droits prioritaires afin de corriger les effets de la discrimination passée, ceux-ci ne peuvent avoir d'effets que s'ils prévalent sur l'ancienneté. Il en va de l'efficacité des solutions à la discrimination systémique : en cas de conflit, la priorité des priorités devrait revenir aux mesures de redressement de la discrimination sur l'ancienneté; c'est justement par l'effet de la discrimination passée que les membres des groupes cibles ont été privés de la possibilité d'accumuler ce temps de service attributif de droits de préséance.

MD/cl