

La nature juridique de l'ancienneté en droit du travail : une comparaison des droits québécois et français

Guylaine Vallée

Volume 50, Number 2, 1995

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/051012ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/051012ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Département des relations industrielles de l'Université Laval

ISSN

0034-379X (print)

1703-8138 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Vallée, G. (1995). La nature juridique de l'ancienneté en droit du travail : une comparaison des droits québécois et français. *Relations industrielles / Industrial Relations*, 50(2), 259–296. <https://doi.org/10.7202/051012ar>

Article abstract

Seniority is not a new criterion, nor is it limited to contemporary labour law. However, modern-day labour law, along with collective bargaining, have helped to embed the concept of seniority in the organization of work in the private sector. The idea that the benefits obtained by an employee should increase with his or her length of service seems to be commonly accepted in different legal contexts. This common emphasis on seniority suggests that it might be interesting to consider the issue of its legal nature by looking beyond a single legal system. Are we always talking about the same thing when we base employees' rights on seniority, length of service or length of uninterrupted service? Is the concept of seniority understood similarly from one system to another? Are its foundations and effects the same? Our intention here is not to discuss the role of seniority in regulating the labour market or the appropriateness of using this criterion in managing workers, but rather to determine whether there are similarities from one legal system to another in the concept of seniority.

The comparative method is used to explore this question. Without wishing to return to the "universalist approach" typical of comparative research in the early part of this century, we believe that certain "principles" can be found in the labour laws of different countries which might appear at first glance to have little in common. Our point of view here is that seniority, i.e. the recognition of continuous service, is one of these principles. Since we have chosen to study seniority as a point of convergence between different legal systems, we will compare the Quebec and French labour law systems which are highly dissimilar. While both systems are based on the same written private law, over the years labour law in the two jurisdictions has evolved into two vastly different models, which correspond closely to the main contemporary labour relations models.

The first part of the paper reviews the literature on seniority in the systems studied. In some cases the literature concerns the roles played by seniority, which may be compared with the effects of passage of time in various branches of law and in traditional societies; in other cases it bears on the evolution of the concept of seniority, as related to the principal institutions in the two systems. North American literature defines seniority in terms of its role, either as a point beyond which the worker acquires certain rights and benefits (benefit seniority, length of service), or as a criterion creating a hierarchy among workers (competitive status seniority).

In France, the former of these two roles is by far the more important, both in law and in collective agreements. The two systems have also taken different approaches to calculating seniority, which raises questions as to its foundations. In North America, the legal foundations of seniority have been discussed in jurisprudence and in doctrine with reference to collective agreements, today the main pillar of the seniority concept. There are two opposing theories in this regard: the inherency theory, whereby rights relating to seniority exist outside the collective agreement, and the contractual basis theory, whereby seniority is a creation of the collective agreement. The latter approach has been applied by the courts in both Canada and the United States. In France, the dominant theory considers that seniority is based on the performance over time of the obligations under the individual contract of employment. Thus there is "effective" job seniority, which measures the performance over time of work, and seniority arising from the contractual bond, based on the length of the employment relationship. A minority approach, inspired by German labour relations doctrine, defines seniority as the length of time the employee has been with the enterprise, considered the central institution in the employment relationship.

These dominant theories do not clearly establish the legal nature of seniority in labour law, at least when all its different manifestations are considered. This is the subject of the second part of this paper.

Recognition of the employee's seniority is not limited to unionized institutions, and predates the institutionalization of collective bargaining. Employee seniority has long been a subjective criterion used by the courts in France and Quebec. In civil law, it is an aspect of theories that consider the employer's right to unilaterally terminate a work contract a relative right, subject to some control by the courts: the theory of reasonable notice, in Canada, and the theory of abuse of rights, in France. Another example of this use of seniority is the way in which the employee's seniority is seen as a criterion for attenuating discipline, in Canada, and as a mitigating factor in cases of serious fault and minor disciplinary infractions, in France. In Quebec, there have been debates in arbitral jurisprudence, before the regular courts and in doctrine, with regard to the use of seniority as a criterion for determining whether the economic grounds cited in support of terminating the employment relationship are the true cause of an employee being laid off, or whether it is simply a disguised dismissal. Seniority is then considered a determining factor in the criteria used by the employer in selecting which workers' positions are to be eliminated, judges who use seniority in this way do not define the concept in detail, but refer to the usual criterion, the length of the employment relationship between the worker and employer, without taking into account any interruptions in the performance of work. Seniority then becomes a social value integrated into legal interpretation.

The labour legislation of both the legal systems in question also makes seniority a condition for the acquisition of rights. In addition, in Quebec, it is interpreted by grievance arbitrators when the collective agreement bases entitlement to benefits on a vague definition of seniority. In these cases, seniority is a means of measuring the performance over time of the obligations of the employment relationship between an employer and employee. The individual contractual basis approach appears dominant, in both individual and collective work relationships, where the practices of different jurisdictions in the labour field point to the existence of a form of "common seniority law" founded on the performance over time of the obligations of the individual work relationship and the length of the relationship with the employer rather than the length of time an employee has belonged to a bargaining unit. In some cases, the use of the concept of the enterprise means that the employee's seniority is maintained even if the enterprise changes hands.

In both France and Quebec, seniority is connected to the individual characteristics of the employment relationship. The dual nature of work relations, attached in part to the contract of employment and in part to the enterprise/institution, appears to determine the legal nature of seniority in labour law. Recognition of seniority based on the length of the individual employment relationship does not take away the recognition of rights attached to seniority. Consequently, this notion of seniority is quite different from the inherency theory. The point is not to make the employee's seniority an inalienable individual right but rather to show that the calculation of seniority is related to the individual employment relationship and the implicit obligations of this relationship. Although this may be an individualistic view of seniority, it does not stem from a unilateral perspective, such as that of the inherency theory, nor from a perspective making it a right that could not be handled differently in the collective agreement. In the debate on the legal nature of seniority, there is room for an approach that recognizes both the fundamentally individualistic dimension of seniority and the role it plays in the organization of the community of employees through the collective agreement.

La nature juridique de l'ancienneté en droit du travail

Une comparaison des droits québécois et français

GUYLAINE VALLÉE

L'ancienneté du salarié est une notion présente dans plusieurs systèmes de relations du travail. Cette commune importance de l'ancienneté conduit à étudier sa nature juridique en débordant les cadres d'un système particulier. Après avoir examiné les thèses dominantes quant à la nature juridique de l'ancienneté du salarié en France et au Québec et avoir décrit les diverses manifestations de l'ancienneté dans ces deux systèmes, l'auteur conclut que l'ancienneté du salarié est une notion individualiste fondée sur l'appartenance à l'entreprise ou sur l'existence d'un lien contractuel avec l'employeur.

L'ancienneté n'est pas un critère nouveau, pas plus qu'elle n'est un critère propre au droit du travail contemporain¹. De nombreux exemples d'usage de l'ancienneté dans l'administration publique au cours des siècles derniers sont décrits dans la littérature². Le droit du travail actuel ainsi que la pratique de la négociation collective ont cependant contribué à imposer

- VALLÉE, G., École de relations industrielles, Université de Montréal.

- Je désire remercier Gilles Trudeau et Diane Veilleux pour leurs précieux commentaires sur une version préliminaire de ce texte, ainsi que les collègues de l'École de relations industrielles de l'Université de Montréal qui m'ont fait part de leurs remarques lors de la séance du groupe de travail où ce texte a été discuté.

1. Le *Petit Robert* situe au XI^e siècle le premier usage connu du terme (*Petit Robert*, 1973, p. 59 ; 1978, p. 67 ; *Le Robert méthodique*, 1984, p. 50).

2. Une règle d'ancienneté gouvernait en Chine, dès l'an 962, les promotions dans l'administration publique, qui étaient soumises au temps passé dans le grade. Dans la bureaucratie prussienne de la fin du XVIII^e siècle, la durée du service était rigoureusement considérée dans l'attribution des récompenses et des promotions pour éliminer le favoritisme et la corruption. Dans l'administration publique britannique du milieu du XIX^e siècle, l'ancienneté

ce critère dans l'organisation du travail du secteur privé. En Amérique du Nord, la reconnaissance de l'ancienneté a été revendiquée par les syndicats qui voyaient en elle un outil venant contrebalancer le pouvoir discrétionnaire de l'employeur dans les décisions relatives aux mouvements de personnel et aux avantages sociaux³. Les clauses d'ancienneté font maintenant partie des clauses-types des conventions collectives nord-américaines. L'ancienneté est alors définie comme un principe fondé sur l'écoulement du temps servant à hiérarchiser les salariés entre eux pour déterminer l'accès aux promotions, l'attribution du travail effectué en dehors de l'horaire régulier ou l'ordre des licenciements collectifs. Il s'agit d'une « ancienneté relative » dans la mesure où elle confère à un salarié un droit de priorité opposable aux autres salariés et à l'employeur.

La durée de service d'un salarié est aussi utilisée dans les lois, règlements ou conventions collectives, en Amérique du Nord comme en Europe, pour déterminer l'accès à des droits, procédures ou avantages particuliers. Cette forme d'ancienneté intervient pour moduler le régime de travail applicable au salarié : elle a pour conséquence d'imposer à l'employeur des obligations supplémentaires à l'égard d'un salarié possédant une certaine ancienneté mais elle ne confère pas à ce salarié un droit de priorité qui serait opposable aux autres salariés. En Amérique du Nord, cette forme est parfois qualifiée d'« ancienneté absolue » ou de service, distinguée de l'ancienneté définie comme un principe hiérarchique. Dans d'autres systèmes juridiques, il s'agira là du seul et unique sens de la notion d'ancienneté, qui ignore sa dimension de principe hiérarchique.

Si l'ancienneté est abondamment définie comme catégorie de la pratique, elle ne l'est encore que très peu au plan conceptuel⁴. La continuation d'un rapport de travail dans le temps est cependant inégalement, différemment, mais constamment reconnue dans des constructions juridiques distinctes. L'idée qu'un salarié puisse obtenir des avantages accrus rattachés à sa durée de service semble être communément admise. Il s'agit d'une convergence certaine entre différents systèmes de relations

prévalait en pratique pour les promotions. Aux États-Unis, lors du mouvement de réforme de l'administration publique pour contrer les abus et le favoritisme en 1867, l'ancienneté eut une place de choix en matière de promotions, alors qu'elle avait trouvé dès 1833 une place importante dans l'armée. Voir: C. Gernusy, « Origins of Seniority Provisions in Collective Bargaining », (1982) 33 *Labour Law Journal* 520.

3. R.I. Abrams et D.R. Nolan, « Seniority Rights under the Collective Agreement », (1986) 2 *The Labor Lawyer* 99, 99-100.

4. « [S]eniority is a term of industrial origin, a word of art of the real world, rather than a concept invented by social scientists. » F. Meyers, « The Analytic Meaning of Seniority » *Proceedings of the Eighteenth Annual Winter Meeting*, Madison, Wisc., Industrial Relations research Association, 1965, 194.

du travail. Cette commune importance de l'ancienneté incite à envisager le problème de la nature juridique de l'ancienneté en débordant les cadres d'un système juridique particulier. Évoque-t-on toujours la même chose lorsque l'on fonde l'obtention de droits sur une condition d'ancienneté, de durée de services ou de service continu ? La notion d'ancienneté est-elle appréciée de façon comparable d'un système à un autre ? Ses fondements et ses effets sont-ils les mêmes ? Il ne s'agit pas ici de discuter du rôle de l'ancienneté dans la régulation du marché du travail ou de l'opportunité d'utiliser ce critère dans la gestion du travail, mais bien de voir si la notion d'ancienneté qui se retrouve dans les différentes sources formelles du droit du travail présente des points communs d'un système juridique à un autre.

La méthode comparative permet d'atteindre cet objectif. Sans revenir à l'« esprit universaliste » qui caractérisait la recherche comparative du début du siècle⁵, ne peut-on pas soutenir que certains « principes » se retrouvent dans des droits du travail nationaux qui, à première vue, ont peu de points communs ? L'ancienneté, c'est-à-dire la reconnaissance de la continuité des services, n'est-elle pas un de ces principes ? C'est le point de vue qui est adopté ici⁶. Cette question de recherche repose sur le postulat de l'existence de convergences entre systèmes de relations du travail différents, d'où l'intérêt de comparer des systèmes très dissemblables. Dans cet article, nous comparerons la place occupée par l'ancienneté dans les systèmes québécois et français de droit du travail⁷. Fondés tous deux sur un droit commun écrit en matière de droit privé, ces droits du travail constituent aujourd'hui deux modèles fort différents l'un de l'autre, correspondant bien aux principaux modèles contemporains de relations du travail.

La littérature sur l'ancienneté dans les systèmes à l'étude sera d'abord exposée. Examinée dans l'ensemble de son champ d'application dans les deux systèmes, il ressort que l'ancienneté se rattache fondamentalement au rapport individuel de travail, parfois fondé sur l'appartenance à l'entreprise, parfois sur l'existence d'un lien contractuel avec l'employeur.

5. M. Ancel, « Quelques considérations sur les buts et les méthodes de la recherche juridique comparative », *Buts et méthodes du droit comparé*, Inchieste di diritto comparato, New York, Oceana Publications, 1973, 2.

6. L'objectif qui est poursuivi n'est pas de comparer dans leur totalité des systèmes différents pour faire la synthèse de leurs ressemblances et de leurs différences, mais bien d'étudier comment un même objet est traité dans différents systèmes. C'est pourquoi nous ne procédons pas à une analyse séparée des systèmes nationaux de droit du travail.

7. La doctrine américaine, importante sur ce sujet, sera aussi considérée.

LA NATURE JURIDIQUE DE L'ANCIENNETÉ EN DROIT DU TRAVAIL : LES THÈSES EXISTANTES

La littérature existante sur l'ancienneté porte soit sur ses fonctions, lesquelles peuvent être rapprochées des effets de l'écoulement du temps dans diverses branches du droit et dans les sociétés traditionnelles, soit sur ses fondements, rattachés aux institutions dominantes des deux systèmes, soit la convention collective en Amérique du Nord et le contrat de travail en France.

Le rôle de l'ancienneté

L'étude de l'ancienneté porte la plupart du temps sur son rôle en droit du travail, soit comme seuil permettant l'acquisition de droits ou d'avantages, soit comme critère créant une hiérarchie entre les salariés. Or, ces deux rôles de l'ancienneté se rattachent à certains effets de l'écoulement du temps dans d'autres branches du droit et dans d'autres systèmes juridiques. À cet égard, l'ancienneté en droit du travail a, comme l'écoulement du temps dans diverses branches et systèmes de droit, deux effets : l'acquisition d'un droit ou d'un statut. C'est sur cette base qu'est étudiée son importance — mais aussi sa dualité fonctionnelle — dans les sources formelles du droit du travail contemporain.

– L'acquisition d'un statut

Dans les clauses relatives aux mouvements de personnel typiques des conventions collectives nord-américaines, l'ancienneté est la pierre d'assise d'un système établissant des priorités en rapport avec la durée de service accumulée ; le salarié le plus ancien est, à compétence égale ou à compétence suffisante, le premier promu, le dernier licencié, le premier à choisir sa période de vacances, etc.

La doctrine nord-américaine dominante a développé, sur cette base, une distinction fonctionnelle entre deux catégories d'ancienneté : l'ancienneté relative (ou ancienneté de concurrence) et l'ancienneté absolue (service, ancienneté-bénéfice)⁸. Certains auteurs, allant encore plus loin,

8. S.H. Slichter, J.J. Healy et E.R. Livernash, *The Impact of Collective Bargaining on Management*, Washington, The Brookings Institution, 1960, p. 106 et suiv. Au Québec, cette distinction fonctionnelle a été utilisée par C. D'Aoust et F. Meunier, *La jurisprudence arbitrale en matière d'ancienneté*, Montréal, École de relations industrielles, Université de Montréal, Monographie 9, 1980, 147 pages ; C. Vézina, *Les clauses d'ancienneté et l'arbitrage de griefs*, Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1979, 125 pages ; G. Hébert, *Traité de négociation collective*, Boucherville, Gaëtan Morin éditeur, 1992, p. 278-279.

soutiennent que l'ancienneté et la durée de service doivent être définies comme deux notions distinctes tout simplement parce qu'elles ne remplissent pas les mêmes fonctions :

Length of service and seniority are not the same thing. It is a mistake to say that seniority provides vacations, sick leave, pension benefits — service does it. Service credits for these purposes are accumulated in an absolute sense, that is without regard to the length of any other employee's service. Seniority does, of course, relate to service but it is essentially a relative concept in adjusting the ranking of employees whose interests are in competition. The very word "seniority" imports the notion of relativity, for one is "senior" only in relation to another⁹.

L'ancienneté serait donc par nature une notion relative. Cette définition fonctionnelle est directement inspirée de la pratique des conventions collectives nord-américaines, même si cette notion apparaît aussi dans certaines dispositions législatives en France. On peut toutefois en retracer les fondements historiques.

- *Fondements historiques*

L'ancienneté, ne serait, écrit Gernusy, que l'adaptation industrielle d'un principe hiérarchique inhérent à la condition humaine, la prééminence des aînés¹⁰. L'ancienneté reproduit, en milieu de travail, des structures comparables à celles qui existaient dans les sociétés traditionnelles et dans d'autres domaines que celui du travail. Certaines sociétés traditionnelles étaient structurées autour de l'âge cérémonial, c'est-à-dire d'un âge fictif débutant lors du rituel d'initiation d'un individu dans un groupement. Cet âge cérémonial est très comparable à l'ancienneté, tous deux correspondant imparfaitement à l'âge réel¹¹.

9. I. T. Donald, « Aspects of Seniority », *Actes du 20^e congrès annuel de l'Association canadienne des relations industrielles*, t. 1, Vancouver, 1983, p. 327. Dans le même sens, voir : F. Elkouri et E.A. Elkouri, *How Arbitration Works*, 3^e édition, Washington D.C., The Bureau of National Affairs, 1973, p. 551-552.

10. C. Gernusy, *loc. cit.*, note 2, 523. Le droit électoral français fournit un autre exemple de la prééminence fondée sur l'âge. Lorsque deux candidats obtiennent, à l'issue d'un scrutin, le même nombre de voix, le candidat élu est celui qui est le plus âgé. Il s'agit d'une règle de la « coutume électorale », appliquée en matière d'élections professionnelles : Soc. 7 octobre 1982, Jur. Soc. U.I.M.M. 1982. 435. 451 ; Soc. 10 juillet 1990, Bull. V. 360. 215.

11. C. Gernusy, *loc. cit.*, note 2, 519.

En ethnologie, on désigne sous le vocable de séniorité¹² ou de séniorat¹³ ce principe hiérarchique fondé sur la durée d'appartenance à un groupe ou une famille¹⁴. Les droits de séniorité se rattachent au statut occupé dans le groupe. Le passage du temps, dans ce contexte, ne mène pas à l'acquisition d'un droit mais à l'acquisition d'un statut à l'intérieur du groupe, statut auquel sont attachés des droits de priorité. L'acquisition d'un statut par l'écoulement du temps se compare au principe du premier occupant, ou au principe du « premier arrivé, premier servi ». Le rôle de la possession dans le temps est alors collectif; il sert à ordonner entre eux les membres du groupe, à hiérarchiser leurs droits relatifs. Ces droits sont rattachés au statut occupé à l'intérieur du groupe et non à la personne qui jouit pour un temps de ce statut.

Cette forme d'utilisation du critère d'ancienneté se compare donc au rôle du temps dans les valeurs juridiques des sociétés traditionnelles. Dans ces sociétés, le temps n'est pas créateur de droits¹⁵. Les droits sont rattachés à un statut et non à une personne. Le temps confère à l'individu un statut particulier à l'intérieur du groupe¹⁶. Il ne joue pas comme un seuil au-delà duquel des droits sont acquis mais il permet de hiérarchiser les individus à l'intérieur du groupe. Dans le droit du travail moderne,

-
12. Le *Petit Robert* définit la séniorité ainsi : « Prééminences et garanties déterminées par l'ancienneté dans une fonction ou une maison. » (*Petit Robert*, 1978, p. 1797).
 13. Le *Dictionnaire de la langue française* d'Émile Littré (t. 7, Gallimard/Hachette, 1958, p. 20) définit le « séniorat » comme : « la qualité d'être le plus âgé dans une famille, en parlant aussi bien des fils que des autres membres. » Le dictionnaire rapporte des exemples de séniorat dans la loi musulmane et dans les coutumes en Turquie : « La loi musulmane de succession est fondée sur le séniorat ; elle veut que le chef de la religion, le khalife, soit toujours l'aîné dans la famille du prophète ou l'aîné dans la famille régnante qui est en possession des droits du khalifat. [...] Le séniorat n'est pas, à proprement parler, une loi positive en Turquie ; il est permis d'y déroger, [...] ; mais le séniorat est à moins un usage ancien et respecté ». Le droit d'aînesse est aussi un droit qui avantage considérablement l'aîné lors d'une succession.
 14. La séniorité, utilisée dans la langue savante de l'ethnologie, n'a pas le sens du terme anglais de *seniority* qui équivaut à la notion française d'ancienneté. La séniorité réfère donc en ethnologie à l'utilisation de l'ancienneté pour ordonner un groupe, pour hiérarchiser entre eux les individus qui le composent.
 15. « Les sociétés traditionnelles valorisent la conformité au passé et évitent d'instituer des procédures de modification du droit. [...] Le temps n'est donc pas créateur du droit (pas de prescription acquisitive) ; les groupes — permanents — sont plus valorisés que les individus — éphémères. » (N. Rouland, *Anthropologie juridique*, Paris, PUF, 1988, p. 341.)
 16. « L'homme est d'abord défini par sa place dans le groupe parce que seul ce dernier est garant de sa durée. La qualité de membre du groupe ne peut s'obtenir que par un lien généalogique, un lien résidentiel, ou, mieux, par un cumul de ces deux liens. Les Basas (Cameroun) connaissent ainsi une hiérarchie de statuts [...] À chaque statut correspondent des droits, classés eux aussi en ordre décroissant. » (*Id.*, p. 186.)

l'ancienneté est en quelque sorte un « âge institutionnel »¹⁷ qui permet d'acquérir un statut (le plus ancien, le moins ancien) à l'intérieur du groupe, statut auquel est attaché un ensemble de droits.

- *La pratique des conventions collectives nord-américaines*

Graduellement, les conventions collectives codifieront ces normes sociales fondées sur l'ancienneté¹⁸. La révolution industrielle marque l'apparition de cette forme d'ancienneté dans le secteur privé, par les conventions collectives de l'industrie du rail¹⁹, puis de l'industrie de l'imprimerie²⁰. L'implantation des clauses d'ancienneté prendra cependant son véritable essor grâce au modèle de relations du travail issu du *Wagner Act* de 1935 aux États-Unis, implanté au Québec en 1944, qui imposait à l'employeur une obligation de négocier avec un syndicat agissant comme représentant exclusif des salariés. Malgré certaines dissensions²¹, les clauses d'ancienneté ont rapidement constitué, plus que les salaires, la principale revendication des syndicats. Elles sont devenues, au même titre que la procédure de grief et l'exigence d'une juste cause de congédiement, le fondement de la justice industrielle dans les entreprises privées nord-américaines. Elles ont aussi contribué à cimenter le pouvoir syndical en réduisant la compétition des salariés entre eux. En se soumettant au principe hiérarchique basé sur l'ancienneté, les salariés n'ont plus à se concurrencer entre eux pour obtenir de meilleures conditions de travail de la part de l'employeur.

17. C. Gernusy, *loc. cit.*, note 2, 518.

18. F. Meyers, *loc. cit.*, note 4, 195.

19. L'émergence des premières clauses d'ancienneté dans l'industrie du rail aux États-Unis s'expliquerait par le fait qu'il s'agissait du premier secteur d'activité où le salarié était lié à un employeur particulier plutôt qu'à un métier ou à l'industrie. Le salarié devait compter sur son employeur, plutôt que sur le marché, pour assurer la stabilité de son emploi. L'ancienneté est venue, dans ce contexte, organiser le marché interne de l'emploi dans l'entreprise. Voir : F. Meyers, *loc. cit.*, note 4, 195-196 ; C. Gernusy, *loc. cit.*, note 2, 521.

20. C. Gernusy, *loc. cit.*, note 2, 521.

21. Les socialistes américains ont, au début du siècle, exprimé leur opposition à ces règles d'ancienneté qui divisent la collectivité de travail et qui transforment un droit collectif, le droit de travailler, en un agrégat de droits individuels : « the right to work, to live to be rewarded by the full product of one's labor is a right that cannot be wrested from our economic masters by a law establishing the right of one member to work in preference to another... The instruments of collective labor must be owned collectively by all the people. When this is an accomplished fact, the necessity for a rule of [seniority] will not exist. » (*Id.*, 521.) Quelques auteurs dénoncent toujours ce principe qui divise les travailleurs entre eux et affaiblit le pouvoir syndical. Voir entre autres : M. Burraway, *Manufacturing Consent : Changes in the Labor Process under Monopoly Capitalism*, Chicago, The University of Chicago Press, 1979, 267 pages.

Ces règles d'ancienneté ont trouvé un nouveau sens dans un contexte de précarité de l'emploi et de chômage, où elles ont transformé les règles de partage du travail disponible. Les clauses d'ancienneté ne s'appliquaient plus seulement aux promotions, mais aussi aux licenciements collectifs. Gernusy souligne qu'aux États-Unis, l'apparition d'une politique de sécurité sociale instaurant l'indemnisation du chômage a permis de substituer au partage du travail une règle voulant que seuls les plus vieux conservaient leur emploi, en période de réduction des effectifs.

Le rôle principal des clauses d'ancienneté dans les conventions collectives nord-américaines est aujourd'hui d'établir des priorités entre les salariés lors de mouvements de personnel causés par des mises à pied, promotions, mutations et déplacements. Ces clauses d'ancienneté fondent un régime de conservation de l'emploi dans l'entreprise lors de manque de travail ; elles fondent aussi les critères d'attribution d'un poste vacant dans l'entreprise lorsque ce poste est sollicité par plus d'un salarié, en plus d'intervenir dans l'attribution prioritaire d'avantages divers. Il n'y a pas d'équivalent de ce type de clauses d'ancienneté dans les conventions collectives françaises, sauf dans quelques conventions en matière de licenciement collectif²². Toutefois, certaines dispositions législatives font de l'ancienneté un critère qui confère des priorités, pour déterminer l'ordre des départs en congé annuel²³, l'ordre d'attribution d'un congé de formation²⁴, l'ordre des licenciements collectifs pour motif économique²⁵ et le salarié qui sera affecté par un licenciement individuel pour motif

22. Par exemple, la convention collective nationale des imprimeries de labour et des industries graphiques stipule que l'ordre des licenciements est déterminé « par catégories et échelons professionnels, en tenant compte de l'ancienneté et de la valeur professionnelle, la valeur professionnelle n'intervenant que si la différence d'ancienneté est au plus égale à deux années ». (C.A. Paris, 13 novembre 1984, D.O. 1985. 146.)

23. *Code du travail* (France), art. D. 223-4 (ci-après cité : C.T.). L'employeur est tenu de fixer l'ordre des départs en congé « après consultation du personnel ou de ses délégués, en tenant compte de la situation de famille des bénéficiaires et de la durée de leurs services dans l'établissement ».

24. C.T., art. R. 931-2.

25. C.T., art. L. 321-1-1, 1^{er} al. L'employeur « définit, après consultation du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel, les critères retenus pour fixer l'ordre des licenciements. Ces critères prennent notamment en compte les charges de famille [...], l'ancienneté de service dans l'établissement ou l'entreprise, la situation des salariés qui présentent des caractéristiques sociales rendant leur réinsertion professionnelle particulièrement difficile [...], les qualités professionnelles appréciées par catégorie. » Sur l'obligation de considérer l'ancienneté pour fixer l'ordre des licenciements pour motifs économiques : Soc. 12 janvier 1994, Bull. V. 3. 3. Sur la nécessité de prendre en considération l'ensemble des critères : Soc. 20 janvier 1993, Bull. V. 18. 13 ; Soc. 8 avril 1992, Bull. V. 259. 159.

économique²⁶. Ces mesures relèvent toutefois de la décision de l'employeur, qui fait l'objet d'un contrôle judiciaire minimum. C'est pourquoi même si la notion d'ancienneté relative existe en droit français, elle n'a, de fait, qu'un effet réduit²⁷, du moins dans les sources formelles du droit du travail²⁸.

L'idée d'ancienneté est historiquement liée à une certaine conception de la justice, de ce qui est juste et équitable, de ce qui constitue un traitement impartial. De nombreuses études américaines et canadiennes anglaises soutiennent que les clauses d'ancienneté relative peuvent cependant constituer une source de discrimination importante pour les salariés²⁹, notamment les personnes de race noire et les femmes, arrivés plus récemment sur le marché du travail parce qu'ils y ont été victimes d'une discrimination directe et possédant pour cette raison moins d'ancienneté. Aux États-Unis, l'article 703 (h) du *Civil Rights Act of 1964* protège les systèmes d'ancienneté de bonne foi, qui ne résultent pas d'une intention de discriminer; cette disposition soulève le problème de la conciliation entre la liberté contractuelle des parties à la convention collective et l'objectif d'équité en emploi.

26. C.T., art. L. 321-1-1, 3^e al.

27. G. Vallée, « La notion d'ancienneté en droit du travail français », (1992) *Droit social* 871, 881.

28. De nombreux auteurs ont déjà noté le rôle important de l'ancienneté relative dans les pratiques de gestion du personnel des entreprises françaises, sans que cette pratique ne résulte des textes de lois ou des conventions collectives. Consulter : C. Morel, *La grève froide*, Paris, Les éditions d'organisation, 1981, p. 221 et 162 ; M. Crozier et E. Friedberg, *L'acteur et le système*, Paris, Seuil, 1977, p. 59, note 27 ; J.-D. Reynaud, *Les règles du jeu. L'action collective et la régulation sociale*, Paris, Armand Colin, 1989, p. 56-57.

29. Voir notamment : W.A. Wines, « Seniority, Recession and Affirmative Action : The Challenge for Collective Bargaining », (1982) 20 *American Business Law Journal* 37 ; C. Sheppard, « Affirmative Action Plan in Times of Recession : The Dilemma of Seniority-Based Layoffs », (1983) 41 *University of Toronto Faculty of Law Review* 1 ; B.W. Brandon, « The Seniority System Exemption to Title VII of the Civil Rights Act: The Impact of a New Barrier to Title VII Litigants », (1983-1984) 32 *Cleveland State Law Review* 607 ; C.A. Glenn, « Affirmative Action after *Bakker* », (1983-1984) 32 *Cleveland State Law Review* 681 ; C.C. Cleveland, « American Tobacco Co. v. Patterson : A Pre-Griggs Approach to Seniority Systems under Title VII », (1984) 3 *Wisconsin Law Review* 831 ; F.K. Sharpless, « Employment Discrimination-Seniority Systems under Title VII », (1984) 62 *North Carolina Law Review* 357 ; K. MacLeod, *The Seniority Principle : Is it Discriminatory ?*, School of Industrial Relations, Essay Series No. 11, Industrial Relations Centre, Queen's University, Kingston, 1987, 98 p. ; J.M. Fischer, « In the Wake of *Lorance v. AT & T Technologies* : Interpreting Title VII's Statute of Limitations for Facially Neutral Seniority Systems », (1990) 3 *University of Illinois Law Review* 711 ; B.E. Hernandez, « Title VII v. Seniority : The Supreme Court Giveth and The Supreme Court Taketh Away », (1985-86) 35 *The American University Law Review* 339 ; H.A. Cominsky, « The Seniority System Exception After *Lorance* », (1990) 6 *The Labor Lawyer* 421 ; K. Swinton, « Accommodating Women in the Workplace : Reproductive Hazards and Seniority Systems », (1992) *Canadian Labour Law Journal* 125.

- L'acquisition de droits

L'ancienneté joue aussi comme seuil pour l'acquisition de droits. Elle est alors qualifiée, dans la définition fonctionnelle, d'ancienneté absolue ou de service. Dans cette hypothèse, « [c]ertains avantages sont accordés aux travailleurs dès qu'un certain seuil d'ancienneté est franchi, l'ancienneté supplémentaire acquise restant sans influence sur ces avantages³⁰ ». L'ancienneté peut aussi être considérée pour améliorer progressivement les avantages consentis à un salarié³¹.

En France comme au Québec, cette forme d'ancienneté intervient pour moduler le régime de la rupture du lien d'emploi et pour déterminer les avantages versés au salarié pendant la vie du contrat de travail ou de la convention collective. En matière de rupture, l'ancienneté est le critère donnant ouverture au droit de préavis légal et à la détermination de sa durée³². Au Québec elle intervient aussi comme condition d'accès au recours à l'encontre d'un congédiement fait sans cause juste et suffisante³³ et en matière d'interdiction de congédier, suspendre ou déplacer un salarié pour un accident ou une maladie provoquant une absence au travail d'une certaine durée³⁴. Elle donne ouverture en France aux sanctions d'un licenciement irrégulier³⁵ et aux indemnités de licenciement³⁶. Elle intervient aussi pendant la vie du contrat de travail ou de la convention collective pour déterminer les obligations de l'employeur en matière de salaires³⁷ et de congés³⁸. Le seuil d'ancienneté intervient enfin, en France, pour organiser la représentation du personnel³⁹.

-
30. N. Alvarez, « L'ancienneté du travailleur », (1972) *Revue pratique de droit social* 140.
31. *Id.*, 141.
32. *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., c. N-1.1, art. 82 et suiv. (ci-après citée: L.n.t.); C.T., art. L. 122-6.
33. L.n.t., art. 124.
34. L.n.t., art. 122.2.
35. C.T., art. L. 122-14-5.
36. C.T., art. L. 122-9 et R. 122-2.
37. C. Grandjean, « Modalités nouvelles de la rémunération de l'ancienneté », (1989) *Travail et emploi* 7; G. Hébert, *op. cit.*, note 8, p. 460 et suiv.
38. Au Québec: L.n.t., art. 65 (jours fériés, chômés et payés); art. 67 et suiv. (congé annuel). En France: C.T., art. L. 122-28-1 (congé parental d'éducation ou réduction du temps de travail à la suite de la naissance ou de l'adoption d'un enfant); L. 122-32-13 (congé pour la création d'entreprise); L. 122-32-18 (congé sabbatique); L. 223-2 (droit et durée du congé annuel payé); L. 931-2 (congé de formation); L. 931-15 (congé de formation pour salarié qui ont été titulaires de contrats à durée déterminée).
39. C.T., art. L. 423-7, L. 423-8 et L. 423-12 (conditions d'ancienneté pour l'électorat et l'éligibilité en matière d'élection des délégués du personnel); art. L. 433-4, L. 433-5 et

L'ancienneté absolue s'apparente à un mécanisme par lequel la possession prolongée d'une chose dans le temps donne ouverture à l'acquisition de droits sur cette chose, comme l'est la prescription acquisitive en droit civil⁴⁰. L'ancienneté s'exerce alors dans un cadre fondamentalement individualiste. Le temps de possession devient, par l'effet du mécanisme d'acquisition que sont l'ancienneté ou la prescription acquisitive, créateur de droits pour cet individu. Le temps consacré par un salarié à un emploi devient, en raison de lois, conventions ou accords collectifs, contrats de travail ou usages particuliers, créateur de droits personnels. Il a pour effet de modifier les obligations de l'employeur à l'égard d'un salarié mais il ne procure pas à celui-ci des droits opposables aux autres salariés. Cette forme d'ancienneté a pour effet de stabiliser le rapport contractuel⁴¹.

Le droit du travail a en quelque sorte intégré, dans une notion multiple d'ancienneté, deux effets de l'écoulement du temps dans des branches du droit et des systèmes juridiques différents. L'ancienneté en droit du travail est la traduction, dans le champ spécifique du travail moderne, des rôles que joue le temps dans la règle de droit, comme créateur de droits sur une chose ou comme assise d'un statut à l'intérieur du groupe. Il s'agit souvent, dans ce dernier cas, d'un statut créé par un contrat, la convention collective, d'où l'idée que cette forme d'ancienneté exprime, au même titre que les clauses d'atelier syndical, une propriété collective de l'emploi, une forme de contrôle ouvrier sur l'organisation du travail⁴².

Cette conception fonctionnelle de l'ancienneté ne considère pas ce qui est pris en compte pour calculer l'ancienneté d'un salarié. Or cette question, au cœur de nombreux litiges portant sur l'ancienneté au cours

L. 433-8 (conditions d'ancienneté pour l'électorat et l'éligibilité en matière d'élection du comité d'entreprise) ; art. L. 412-14 (condition d'ancienneté en matière d'éligibilité pour la désignation d'un délégué syndical).

40. Les rédacteurs du Code civil ont reconnu, dans la notion de prescription acquisitive, le principe voulant que l'écoulement du temps soit aussi un mode d'acquisition du droit de propriété. Cette notion est aujourd'hui définie dans le *Code civil du Québec* (ci-après cité : C.c.Q.) (art. 2910) et dans le *Code civil* français (art. 712 et 2219 et suiv.). Ainsi, « ...le prétendu droit du premier occupant n'en est pas un. L'occupation, qui n'est qu'un fait, ne peut créer qu'un état de fait, la possession ; la propriété n'en peut sortir que sous l'empire d'une législation qui admet la propriété individuelle, qui l'organise et qui classe l'occupation parmi les manières de l'acquérir. L'occupation, mode d'acquérir, ne peut donc servir à justifier le droit de propriété car les modes d'acquérir impliquent la préexistence théorique du droit acquis par leur emploi. » M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, 2^e édition, t. III, Paris, L.G.D.J., 1952, n° 2, p. 2.
41. P. Durand, *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, Paris, L.G.D.J., 1960, 359 pages.
42. F. Meyers, *loc. cit.*, note 4, 201-202 ; F.A. Citera, « Vested Seniority Rights : A Conceptual Approach », (1982) 36 *University of Miami Law Review* 751, 775.

des dernières années tant en Amérique du Nord qu'en France, soulève le problème des fondements de l'ancienneté.

Les fondements de l'ancienneté

Les conceptions relatives aux fondements de l'ancienneté dans les systèmes à l'étude sont fortement déterminées par les institutions qui caractérisent leur droit du travail. Les fondements de l'ancienneté sont étudiés par rapport à la convention collective en Amérique du Nord ou par rapport au contrat de travail en France.

- L'ancienneté et la convention collective

En Amérique du Nord, les fondements juridiques de l'ancienneté ont été discutés en jurisprudence et en doctrine par rapport à l'institution qui en est aujourd'hui le principal support : la convention collective. Deux thèses s'opposent à cet égard : la thèse contractuelle (ou conventionnelle)⁴³, suivant laquelle l'ancienneté est une création de la convention collective, et la théorie des droits inhérents ou acquis, selon laquelle les droits relatifs à l'ancienneté existent en dehors de la convention collective.

- La théorie des droits inhérents

L'antériorité de la notion d'ancienneté par rapport à la négociation collective est le fondement d'une première approche considérant que l'ancienneté est un droit inhérent à l'emploi. L'ancienneté provient non du processus de négociation, mais de la durée de service⁴⁴. Elle est un droit personnel du salarié ; elle peut être analysée comme l'indice d'une reconnaissance de la propriété de l'emploi ou de la fonction telle qu'elle s'acquiert par une possession prolongée dans le temps⁴⁵.

43. Aux États-Unis, il s'agit de la thèse contractuelle (*Contractual Basis*). Nous qualifierons cette thèse de thèse conventionnelle, pour la distinguer de la thèse contractuelle qui prévaut en France, suivant laquelle l'ancienneté repose sur le contrat individuel de travail.

44. « The concept of seniority [...] long pre-dated the concept of collective bargaining. It is simply not correct to state that the concept of seniority was invented by the trade union movement. » *Re United Packinghouse Workers, Local 418 and Quaker Oats Co. Ltd.*, (1963) 13 L.A.C. 218, cité par J.C. Smith, « Loss of Seniority and the Nature of Seniority Rights » *Grievance Arbitration: A Review of Current Problems*, M.A. Hickling (dir.), Vancouver, 1977, 117, 118.

45. G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, L.G.D.J., 1951, p.302 et suiv. ; S. Rottenberg, « Property in Work », (1962) 15 *Industrial and Labor Relations Review* 402.

Le simple écoulement du temps passé au travail serait créateur de droits et d'un statut particulier pour le salarié. Il produirait les deux effets de l'ancienneté précédemment identifiés. Cette thèse fait des droits découlant de l'ancienneté des droits inhérents (*Inherency Theory*) parce qu'ils découlent de l'usage. Elle a été défendue aux États-Unis⁴⁶ et au Canada⁴⁷. Elle permettrait de combler les attentes naturelles des salariés plus anciens, en même temps qu'elle constituerait une valeur admise d'équité dans les lieux du travail et favoriserait l'amélioration de la productivité⁴⁸.

Au Québec, le juge Chouinard de la Cour d'appel s'est inspiré de cette approche dans l'affaire *Syndicat national de l'amiante d'Asbestos inc. c. Nadeau*⁴⁹. Des contremaîtres demandaient de déterminer l'applicabilité à leur cas d'une clause d'ancienneté modifiée pendant leur absence de l'unité d'accréditation. Les contremaîtres avaient déjà appartenu, à titre de salariés, à l'unité d'accréditation. Au moment où ils ont été promus, l'ancienneté était définie dans la convention collective comme la durée de service pour l'employeur. Pendant leur absence, la clause d'ancienneté avait été renégociée de telle sorte qu'une personne promue dans un poste hors de l'unité d'accréditation pendant plus de vingt-trois semaines perdait l'ancienneté qu'elle avait jusque là accumulée.

Le juge Chouinard reprend, dans ses motifs, la thèse qui avait guidé le juge de la Cour supérieure dans cette affaire, à savoir que l'ancienneté est un droit individuel et personnel, qui existait avant la convention collective et qui échappe, par sa nature, à une modification dans le cadre des rapports collectifs de travail :

L'ancienneté est un droit tout à fait personnel de l'employé et résulte, même en l'absence de toute convention collective, des usages et coutumes qui existaient bien avant l'introduction de la convention collective.

C'est un droit fondamental dont l'origine vient naturellement de la présence que donnent automatiquement les connaissances acquises par le premier arrivé et qui normalement doit lui permettre d'accueillir les suivants et de les initier au travail qu'il connaît déjà.

-
46. J. Kramer, « Seniority and Ability », *Management Rights and the Arbitration Process*, Proceedings of the 9th Annual Meeting, National Academy of Arbitrators, Cleveland, Ohio, *The Bureau of National Affairs*, 1956, p. 41-44.
47. R. Lemoyne, « Seniority Accumulating outside the Bargaining Unit », (1968) *R.D.T.* 129. La source de l'ancienneté réside dans l'usage ou la coutume, et non d'une reconnaissance unilatérale de ces droits par l'employeur : « It would be more appropriate to say that the source of seniority is custom or usage and that it is a right of employment inherent in a contract of employment and flowing from it. » (*Id.*, 132)
48. R.I. Abrams and D.R. Nolan, *loc. cit.*, note 3, 102-103.
49. *Syndicat national de l'amiante d'Asbestos inc. c. Nadeau*, [1985] C.A. 62 ; D.T.E. 85T-103 (C.A.) ; Requête pour autorisation de pourvoi à la C.S.C. rejetée le 4 avril 1985.

Ce droit fondamental ne saurait être enlevé à un employé hors de sa connaissance et sans son consentement, soit par le syndicat, soit par l'employeur ou par les deux conjointement dans la négociation d'une convention collective à laquelle il n'est pas partie. On ne peut non plus présumer d'aucune manière qu'il y ait renoncé par le seul fait qu'il aurait accepté une nouvelle fonction qui le sort de l'unité de négociation⁵⁰.

Cette conception fait de l'ancienneté, en son sens commun et coutumier de la durée totale de service chez l'employeur, un droit personnel inaliénable qui appartient à l'individu qui seul peut en disposer. Elle appartiendrait à une catégorie de droits individuels coutumiers qui n'est pas soumise au processus de la négociation collective.

Les deux autres juges de la Cour d'appel dans l'affaire *Nadeau*, les juges Kaufman et Vallerand, ont plutôt examiné les mécanismes d'acquisition de l'ancienneté par les requérants. Ils se démarquent tous deux de l'approche retenue par leur collègue, tout en accueillant la requête des contremaîtres. Pour eux, l'ancienneté n'est pas, par nature un droit fondamental, personnel et inaliénable. Elle est plutôt, en l'espèce, un droit acquis par voie contractuelle. C'est cette conception des droits acquis que retiendra la Cour supérieure dans l'affaire *Beaulieu c. Aciers Atlas*⁵¹ et que confirmera explicitement la Cour d'appel dans la même affaire en 1989⁵². La Cour d'appel décide que le droit acquis que possèdent les contremaîtres est celui de voir leur ancienneté déterminée *suivant la clause qui était en vigueur au moment de leur promotion*, et non la reconnaissance, au titre de leur ancienneté, de leur durée totale de service. Seuls ces contremaîtres, et non le syndicat dans une convention collective ultérieure, peuvent renoncer à ce droit de voir leur ancienneté calculée de façon précise, sans que celle-ci ne soit nécessairement équivalente à la durée de service chez l'employeur⁵³.

Les arrêts de la Cour d'appel dans les affaires *Nadeau* et *Beaulieu* ont pu, pendant un certain temps, représenter l'état du droit positif, d'autant

50. *Nadeau c. Johns-Manville Canada Inc.*, D.T.E. 84T-54 (C.S.), 12 pages, p. 8, confirmé par la Cour d'appel, *sub nom.* : *Syndicat national de l'amiante d'Asbestos inc. c. Nadeau*, précité, note 49.

51. *Beaulieu c. Aciers Atlas*, D.T.E. 86T-955 (C.S.), 13 pages.

52. *Syndicat des employés des aciers Atlas (C.S.N.) c. Beaulieu et Aciers Atlas*, [1989] R.J.Q. 790 ; D.T.E. 89T-331 (C.A.) ; Requête pour autorisation de pourvoi à la C.S.C. rejetée le 2 novembre 1989.

53. On reconnaît dans cette argumentation l'influence de la théorie générale des droits acquis qui trouve application lors de problèmes d'application de la loi dans le temps. Dans cette théorie générale, les droits acquis existent à moins que la loi ne les restreigne expressément. P.-A. Côté, *Interprétation des lois*, 2^e édition, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1990, p. 155 et suiv.

que la Cour suprême du Canada avait dans les deux cas refusé la permission d'appel. Ces arrêts avaient pour effet de créer, en contexte de convention collective, une catégorie de droits individuels liés à l'ancienneté qui ne pouvaient être modifiés sans le consentement du salarié, puisqu'ils découlaient de l'usage ou devenaient un droit acquis par voie contractuelle⁵⁴.

- *La thèse conventionnelle*

La Cour suprême rejettera totalement cette conception de la Cour d'appel en 1989, dans une décision unanime rendue dans l'affaire *Hémond*⁵⁵. Dans des circonstances d'espèce similaires à celles de l'arrêt *Nadeau*, les contremaîtres soutenaient que les clauses nouvelles relatives au calcul de l'ancienneté ne leur étaient pas applicables parce qu'ils bénéficiaient de droits acquis en la matière. La Cour suprême rejette cette prétention ; la convention collective est la source unique de droits pour les salariés soumis à son champ d'application, ce qui entraîne, outre l'impossibilité d'une coexistence de conventions collectives, l'impossibilité d'un conflit entre droits individuels et droits consacrés par la convention collective :

Les droits d'ancienneté, au même titre que n'importe quel autre droit des employés, sont assujettis au processus de la négociation collective. Dans le contexte des relations ouvrières, il serait, pour dire le moins, inédit d'élever ces droits, absolument et irrémédiablement, au rang de droits acquis. Quand il existe une convention collective, les droits individuels sont à toutes fins utiles écartés⁵⁶.

54. F. Morin, « La survie de droits subjectifs à la convention collective », (1985) 40 *Relations industrielles* 847. La logique de la Cour d'appel, selon cet auteur, conduisait à admettre la coexistence, en un certain sens, de deux conventions collectives. Les juges ne pouvaient toutefois se permettre d'affirmer ce qui aurait été « une hérésie trop flagrante » (*Id.*, 851). C'est pourquoi ils font appel à la théorie de l'incorporation du contrat de travail : « il faudrait comprendre que les modalités conventionnelles relatives au cumul de l'ancienneté furent, en quelque sorte, intégrées aux contrats individuels de travail de ces contremaîtres et qu'elles ne pouvaient dorénavant être modifiées par les seuls auteurs de la convention collective et sans le consentement de ces contremaîtres. » (*Id.*, 852).

55. *Hémond c. Coopérative fédérée du Québec*, [1989] 2 R.C.S. 962 ; D.T.E. 89T-973 (C.S.C.).

56. *Id.*, 975. « Les intimés [...] demandent plutôt que certaines dispositions de celle-ci leur soient déclarées inopposables et ceci essentiellement parce que leurs droits d'ancienneté seraient des droits personnels, des droits acquis qui existeraient en marge de la convention susmentionnée. [...] Avec respect, je ne puis me ranger à cette opinion. Les avantages ou les bénéfices dont peuvent jouir les intimés en raison de leur ancienneté doivent être établis par application de la nouvelle convention par l'arbitre qui en est chargé. » (*Id.*, 974).

Cet arrêt de la Cour suprême du Canada confirme une jurisprudence qui s'était maintenue en dépit de la jurisprudence de la Cour d'appel⁵⁷.

Eu égard à ses fondements juridiques, cette approche subordonne la notion d'ancienneté à l'existence d'un contrat (*Contractual Basis*), d'une convention collective. Aaron l'analyse ainsi :

Neither by law nor by custom has seniority become an essential ingredient of the employment relationship. The employer who operates an unorganized plan is free to ignore relative length of service in laying off, recalling, promoting, or assigning his employees, and he usually does so. Yet the seniority principle is so important that it is embodied in virtually every collective agreement. It is thus the product of collective bargaining; it owes its very existence to collective agreements⁵⁸.

L'ancienneté est, en quelque sorte, un concept propre aux rapports collectifs de travail, à la négociation collective⁵⁹. Les parties à la convention collective créent des droits d'ancienneté pour des tiers que sont les salariés. Ces droits n'appartiennent pas aux salariés et seules les parties à la convention collective peuvent en modifier la définition et même les supprimer⁶⁰. Cette approche a été critiquée aux États-Unis où elle a aussi été retenue par les tribunaux. Si les droits d'ancienneté découlent de la convention collective, est-ce à dire qu'ils disparaissent, comme les autres conditions de travail contenues dans la convention collective, lorsque la convention collective arrive à échéance sans être renouvelée⁶¹? Pour

57. Voir entre autres les motifs du juge Dubé, dissident, sur la question de l'application ou de l'applicabilité de la convention collective dans : *Hémond c. Coopérative fédérée du Québec*, [1987] R.J.Q. 852, 853 (C.A.) ; D.T.E. 87T-361 (C.A.) ; *Cabano Expéditex et Teamsters du Québec, local 69*, [1989] T.A. 153 ; D.T.E. 89T-100 (M. Morin, arb.) ; *Fournier c. C.S.R. de l'Estrie*, D.T.E. 86T-513 (C.S.) ; *Syndicat des ouvriers de la Société des alcools du Québec et Société des alcools du Québec*, D.T.E. 85T-116 (A. Rousseau, arb.) ; *Lachance c. Carey Canada Inc.*, D.T.E. 84T-53 (C.S.).

58. B. Aaron, « Reflections on the Legal Nature and Enforceability of Seniority Rights », (1962) *Harvard Law Review* 1532, 1534.

59. J. C. Smith, *loc. cit.*, note 44, 117 ; I.R. Feinberg, « Do Contract Rights Vest? », *Labor Arbitration and Industrial Change*, Proceedings of the Sixteenth Annual Meeting, National Academy of Arbitrators, Chicago, Illinois, The Bureau of National Affairs, 1963, p. 207-217.

60. L'abandon de toute référence à l'ancienneté dans une convention collective n'est pas contraire à l'ordre public. Voir : *Kone inc. et Syndicat des employés de Kone inc.*, [1944] T.A. 263 ; D.T.E. 94T-461 (J. Boucher, arb.).

61. La Cour suprême du Canada a reconnu que l'employeur pouvait modifier unilatéralement les conditions de travail à l'expiration de la convention collective, même si l'obligation de négocier de bonne foi subsiste. Voir : *Caimaw c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983 ; F. Morin, « Modification unilatérale des conditions de travail au terme d'une négociation collective » (1990) 45 *Relations industrielles* 566. Le *Code du travail* prévoit

Citera, cette conséquence serait contraire à la sécurité d'emploi à long terme que veulent assurer les clauses d'ancienneté⁶², tout en créant un contexte généralement favorable à l'employeur : « the development of seniority rights has conformed to the economic necessities of the owners of capital. This results in a presumption in favor of the employer that seniority rights generally do not vest⁶³ ». Ce faisant, la négociation collective conduirait à nier la propriété de l'emploi révélée par la reconnaissance de l'ancienneté. C'est pourquoi, tout en reconnaissant que les droits relatifs à l'ancienneté ne sont pas inhérents à la relation d'emploi mais créés par la convention collective ou par la loi⁶⁴, Citera suggère qu'ils soient dès lors présumés acquis (*vested*), leurs effets survivant à l'expiration de la convention collective, sauf si l'employeur démontre que l'intention des parties à la convention n'était pas de créer des droits acquis d'ancienneté⁶⁵.

– L'ancienneté et le contrat de travail

En France, l'approche dominante lie l'ancienneté à l'exécution dans le temps des obligations du contrat de travail, alors que l'approche institutionnelle la rattache à la durée d'appartenance du travailleur à l'entreprise conçue comme l'institution centrale des rapports de travail.

toutefois l'obligation de maintenir les conditions de travail après l'expiration de la convention collective jusqu'à l'exercice de la grève. *Code du travail*, L.R.Q., c. C-27, art. 59 (ci-après cité : C.t.), modifié par *Loi modifiant le Code du travail*, L.Q. 1994, c. 6, art. 12.

62. « In refusing to recognize that seniority rights are extracontractual, courts have placed greater emphasis on the day-to-day benefits of seniority. » F.A. Citera, *loc. cit.*, note 42, 771.
63. *Id.*, 774.
64. *Id.*, 770.
65. *Id.*, 774. Ce raisonnement se rapproche des motifs des juges Kaufman et Vallerand dans l'affaire *Nadeau*. Comparer à la notion de droits en matière de retraite, qui peuvent, « si les conditions d'une convention collective le stipulent, survivre à cette convention. [...] je conclurais que ces droits subsistants deviennent acquis à la date où l'employé prend sa retraite et qu'ils survivraient à toutes négociations collectives subséquentes qui auraient pour objet de les faire cesser. » *Dayco (Canada) Ltd c. TCA-Canada*, [1993] 2 R.C.S. 230, 305 (j. La Forest). La Cour suprême fait une distinction entre cette notion de droits acquis en matière de retraite et la conception des droits acquis qu'elle a rejetée dans l'affaire *Hémond* : « il n'y a pas de doute que les relations de travail futures ne peuvent être régies que par une convention collective, la plus récente. Tant qu'un employé continue d'appartenir à une unité de négociation, il est nécessairement soumis aux vicissitudes du processus de la négociation collective. Toutefois, à la retraite, le travailleur sort de cette relation, et à ce moment-là, les droits qu'il a accumulés à titre d'employé se cristallisent sous une forme quelconque de droit « acquis » dont il bénéficie en qualité de retraité. » (*Id.*, 274).

- *L'ancienneté et les obligations du contrat de travail*

Le contrat de travail comporte des obligations pour l'employeur et pour le salarié. L'exécution de ces obligations dans le temps permet de distinguer deux grands types d'obligations, qui sont le fondement de deux conceptions de l'ancienneté⁶⁶.

Le contrat de travail contient des obligations discontinues, c'est-à-dire des obligations dont l'exécution est marquée d'arrêts, de pauses. L'obligation de fournir une prestation de travail fait partie de cette catégorie ; son exécution est entrecoupée de suspensions périodiques et accidentelles. Les périodes de « suspensions périodiques »⁶⁷ sont indissociables de l'obligation de fournir une prestation de travail :

La prestation de travail n'est pas dans son exécution, un phénomène continu réclamant du salarié un labeur sans relâche qui le conduirait inévitablement à l'épuisement. Elle est entrecoupée de temps de repos et de congés dont la fréquence est déterminée par les stipulations du contrat et les limites imposées par la législation relative à la durée du travail⁶⁸.

Parce qu'irréremédiablement liées à l'obligation de fournir un travail, ces périodes d'arrêt font partie du contrat. Elles résultent de l'exécution de dispositions contractuelles, conventionnelles ou légales.

L'exécution de la prestation de travail peut aussi être interrompue par des « suspensions accidentelles »⁶⁹ : elles viennent modifier la périodicité des périodes d'exécution et de suspension prévues au contrat de travail. Ces causes de suspension sont caractérisées par le fait que « la prestation de travail eut été exigible en leur absence »⁷⁰. Elles sont liées à un événement particulier qui empêche d'exécuter la prestation de travail, par exemple la maladie, l'accident, la maternité ou la grève. Ces suspensions accidentelles ou périodiques font de l'obligation de fournir une prestation de travail une obligation discontinue.

Certaines obligations sont exigibles à tout moment de l'existence du contrat ; ce sont les obligations continues. La durée de leur exécution se confond avec la durée d'existence du contrat. Elles existent donc indépendamment de la suspension de l'exécution de la prestation de travail. Il en est ainsi de l'obligation de loyauté : l'employé est lié par une obligation de

66. J.-M. Béraud, *La suspension du contrat de travail*, Paris, Sirey, 1980, 294 pages ; G. Poulain, « Le calcul de l'ancienneté et la discontinuité des services du salarié », (1970) *Droit social* 223 ; G. Raymond, « L'ancienneté de services », (1967) *Droit social* 164.

67. J.-M. Béraud, *op. cit.*, note 66, 91.

68. *Id.*, 91.

69. *Id.*, 93.

70. *Id.*

fidélité et de loyauté en dehors de son lieu de travail et même si l'exécution de sa prestation de travail est suspendue.

L'inexécution des obligations continues ou discontinues peut entraîner la résiliation du contrat de travail. La loi, la convention collective ou la jurisprudence ont toutefois eu recours de façon croissante à la technique de la suspension du contrat de travail, « chaque fois que l'inexécution du contrat revêt un caractère temporaire, et qu'il est possible d'éviter la rupture dans l'intérêt du salarié et parfois de l'entreprise elle-même. »⁷¹ La suspension du contrat de travail n'est pas la suspension de l'ensemble de ses obligations : elle « ne concerne que les obligations principales – l'obligation de fournir une prestation de travail et son corollaire l'obligation de rémunérer ce travail »⁷². Les obligations continues ne sont pas suspendues pendant cette période. Il y a disjonction entre l'exécution de la prestation de travail, et son corollaire, l'obligation de verser un salaire, et l'exécution des autres obligations du contrat de travail. Cette distinction entre les obligations continues et discontinues sert de fondement à deux conceptions de l'ancienneté.

La mesure dans le temps de l'exécution de la prestation de travail fonde une conception de l'ancienneté de travail effectif, appelée également en France « ancienneté de services continus ». Il s'agit d'une « conception étroitement contractuelle et synallagmatique »⁷³ de l'ancienneté :

Dans cette conception, le travailleur n'acquiert de droit à l'ancienneté que dans la mesure où il respecte scrupuleusement le déroulement normal du contrat et en limite la suspension aux seules *causes périodiques* qui sont partie intégrante de la convention. Lorsqu'une cause de *suspension accidentelle* vient perturber le déroulement du contrat, elle n'emporte pas extinction de l'ancienneté déjà acquise, mais empêche l'ancienneté de courir pendant tout le temps de la suspension. La suspension accidentelle du contrat emporte donc également suspension de l'ancienneté de services continus⁷⁴.

Il existe toutefois une autre conception de l'ancienneté, fondée sur la durée du lien contractuel, laquelle n'est pas sensible aux périodes de suspension accidentelle de la prestation de travail. Cette ancienneté mesure la durée de l'exécution des obligations continues du contrat de travail, qui se confond avec la durée du lien contractuel lui-même. Le salarié, dont le contrat de travail est suspendu pour une cause accidentelle, reste tenu

71. G. Lyon-Caen et J. Pélessier, *Droit du travail*, quinzisième édition, Paris, Dalloz, 1990, p. 265.

72. *Id.* n° 235, p. 267.

73. J.-M. Béraud, *op. cit.*, note 66, p. 259.

74. *Id.*, p. 259 (nous soulignons).

d'obligations envers son employeur⁷⁵. C'est pourquoi il continue d'accumuler de l'ancienneté pendant cette période.

Les différentes modalités de calcul de l'ancienneté du salarié reflètent l'exécution dans le temps des différentes obligations du contrat de travail. Elles s'inscrivent dans des rapports entre salariés et employeurs conçus comme des « rapports d'obligation [...] fondés sur le contrat de travail »⁷⁶.

- *L'ancienneté institutionnelle*

On peut aussi concevoir que l'ancienneté exprime la durée d'appartenance du salarié à l'entreprise. Cette notion d'ancienneté :

repose sur une approche institutionnelle des rapports de travail prenant en considération l'appartenance du salarié à la « communauté » de l'entreprise. Cette appartenance à l'entreprise n'étant pas affectée par la suspension du contrat de travail, l'ancienneté dans l'entreprise ne dépend pas de la prestation matérielle de travail, mais uniquement de la durée passée du contrat. L'ancienneté dans l'entreprise se ramène donc habituellement à l'ancienneté du contrat de travail lui-même, quelles qu'aient été les vicissitudes de son exécution⁷⁷.

Ancienneté du lien contractuel et ancienneté institutionnelle peuvent se confondre dans leurs résultats, mais non dans leurs fondements. À l'origine, la théorie de la relation de travail rejetait en effet « tout rapprochement entre les rapports du travail et ceux qui découlent de la vente ou du louage de choses [...]. Le louage de services, ayant pour objet une activité humaine, engage la personne comme telle ; il se rattache au droit des personnes »⁷⁸. Les rapports de travail, parce qu'ils « font naître des relations humaines »⁷⁹, ne peuvent être assujettis aux règles régissant les relations patrimoniales.

En France, la théorie de la relation de travail et la théorie institutionnelle de l'entreprise ont connu un certain essor dans la doctrine⁸⁰, sans

75. « [o]n voit donc finalement assez mal pourquoi le salarié malade, voire gréviste, qui reste tenu d'obligations envers l'employeur, serait exclu du bénéfice de l'ancienneté pendant la suspension de son contrat puisque celui-ci ne cesse pas de le lier de manière autre que purement abstraite. » (*Id.*, p. 264).

76. P. Durand, *Traité de droit du travail*, t. II, Paris, Dalloz, 1950, p. 201.

77. J.-M. Béraud, *op. cit.*, note 66, p. 258. Voir aussi : G. Raymond, *loc. cit.*, note 66, 164 ; G. Poulain, *loc. cit.*, note 66, 223.

78. P. Durand, *op. cit.*, note 76, p. 201.

79. *Id.*, p. 202.

80. La théorie de la relation du travail, d'origine allemande, a été développée en France par P. Durand. La notion de « lien d'entreprise », développée par A. Brun, s'inspire des mêmes postulats. Ces théories propres au droit du travail se rattachent à la théorie

toutefois faire complètement disparaître la référence au droit des obligations. Durand considérait ainsi que les rapports de travail se caractérisaient à la fois par des éléments patrimoniaux et des éléments personnels, mais que ce sont ces derniers, découlant de l'engagement de la personne du travailleur, qui ont provoqué la formation du droit du travail⁸¹. L'ancienneté du salarié exprimerait la durée d'appartenance du travailleur à l'entreprise conçue comme une institution et se rattacherait aux éléments personnels de la relation de travail.

UNE « ANCIENNETÉ DE DROIT COMMUN » FONDÉE SUR LE LIEN INDIVIDUEL D'EMPLOI

Les thèses dominantes, la thèse conventionnelle (*Contractual Basis*) en Amérique du Nord et la thèse contractuelle en France, n'établissent pas clairement la nature juridique de l'ancienneté en droit du travail, du moins lorsque l'on considère l'ensemble de ses manifestations. L'ancienneté utilisée en droit du travail traduit toujours l'existence d'une relation individuelle d'emploi, même dans le contexte des rapports collectifs du travail, relation plus ou moins parfaitement cernée par une approche exclusivement contractuelle.

Les manifestations de l'ancienneté en droit du travail

La thèse des fondements conventionnels de l'ancienneté est apparue avec la généralisation de ce critère par la négociation de conventions collectives. Or la reconnaissance de l'ancienneté du salarié n'est pas limitée aux établissements syndiqués et a précédé l'institutionnalisation de la négociation collective⁸². Ainsi, l'ancienneté du salarié, appréciée comme la durée du lien d'emploi entre le salarié et l'employeur, est depuis longtemps un critère subjectif d'appréciation judiciaire en France et au Québec. Elle est aussi une condition d'ouverture de droits prévue dans les lois du travail de ces deux systèmes juridiques. Au Québec, enfin, elle est utilisée par les arbitres de griefs en cas de problèmes d'interprétation.

générale de l'institution développée en France. Voir : P. Durand, *op. cit.*, note 76, p. 199 et suiv. ; P. Durand, « Aux frontières du contrat et de l'institution : la relation du travail », (1944) *J.C.P.* I. 387 ; A. Brun, « Le lien d'entreprise », (1962) *J.C.P.* I. 1719 ; A. Broderick, « The French Institutionalists : Maurice Hauriou, Georges Renard, Joseph T. Delos », Cambridge, Harvard University Press, 1970, 370 pages. Pour le Québec, voir : D. Mockle, « Ordre normatif interne et organisations », (1992) 33 *Les Cahiers de droit* 965, 985-1002.

81. P. Durand, *op. cit.*, note 76, p. 217.

82. F.C. Citera, *loc. cit.*, note 42, 753.

- Un critère subjectif d'appréciation

La notion d'ancienneté s'est manifestée en droit québécois et français par des mécanismes ayant instauré un contrôle judiciaire des droits exercés par l'employeur, dont certains précèdent l'émergence de rapports collectifs du travail. Elle est alors un critère subjectif d'appréciation utilisé par les juges pour contrôler l'exercice par l'employeur de son droit de rompre le contrat de travail, de son pouvoir disciplinaire et de ses droits de direction⁸³. Le recours à l'ancienneté du salarié comme critère d'atténuation d'une sanction disciplinaire au Canada⁸⁴ et comme « circonstance absolutoire » en matière de faute grave et de manquements disciplinaires légers en France⁸⁵ n'est qu'un exemple de ce type d'utilisation de l'ancienneté. Au Québec, on peut aussi noter les débats en jurisprudence arbitrale, devant les tribunaux de droit commun et en doctrine quant à l'utilisation du critère d'ancienneté pour vérifier si les motifs économiques invoqués à l'appui d'une rupture du lien d'emploi sont la cause véritable du licenciement d'un salarié et s'il ne s'agit pas d'un congédiement déguisé⁸⁶. L'ancienneté interviendrait ainsi pour contrôler les critères ayant amené l'employeur à choisir le salarié affecté par la suppression d'emploi.

-
83. L'utilisation de ce critère est décrite dans : G. Vallée, *L'ancienneté en droit du travail français et québécois : une approche de droit comparé*, Thèse de doctorat, Université Jean-Moulin, 1991, p. 402 et suiv.
84. C. D'Aoust, L. Leclerc et G. Trudeau, *Les mesures disciplinaires : étude jurisprudentielle et doctrinale*, Montréal, École de relations industrielles, Université de Montréal, Monographie 13, 1982, p. 259 et suiv. ; M. Roy, « La sanction disciplinaire et la théorie des facteurs subjectifs d'atténuation », (1980) 11 *Revue générale de droit*, 255.
85. Voir par exemple : Req. 22 juillet 1925, D. 1926. I. 125, note Faalcaimaigne ; Soc. 14 mars 1979, Bull. V. 236. 169 ; Soc. 9 octobre 1980, Bull. V. 722. 532 ; Soc. 11 décembre 1985, D.S. 1986. 210 ; Soc. 20 juillet 1989, C.S.B.P. 1989, synthèse de jurisprudence, 182-183 ; Soc. 18 novembre 1992, Bull. V. 551. 349-350 ; A. Brun, *La jurisprudence en droit du travail*, Paris, Sirey, 1967, p. 327 ; F. Vennin, *Le contentieux disciplinaire devant le conseil de prud'hommes*, Paris, CERCRID, 1989, p. 71 et suiv. ; G. Vallée, *loc. cit.*, note 27, 878 et suiv.
86. *Boyer c. Hewitt Equipment*, [1988] R.J.Q. 2112 (C.A.) ; D.T.E. 88T-656 (C.A.) ; *Donohue c. Simard*, [1988] R.J.Q. 2118 (C.A.) ; D.T.E. 88T-819 (Requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée) ; *Décarie c. Produits pétroliers d'Auteuil Inc.*, [1986] R.J.Q. 2472 (C.A.) ; D.T.E. 86T-728 (C.A.) (Requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée) ; *Commission des normes du travail c. Mia*, D.T.E. 85T-590 (C.A.), 9 pages (Requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée) ; *Quintin c. Tribunal du travail*, [1989] R.J.Q. 1471 (C.A.) ; D.T.E. 89T-638 (C.A.) ; *Gilbert c. École supérieure de danse du Québec*, D.T.E. 94T-613 (A. Racicot, C.T.). Pour un exposé des différents courants sur cette question : J.-L. Dubé et N. Di Iorio, *Les normes du travail*, Sherbrooke, Les Éditions Revue de Droit, Université de Sherbrooke, 1992, p. 537-549.

Une telle utilisation de l'ancienneté comme critère subjectif d'appréciation des droits exercés par l'employeur a d'abord été observée en droit commun. Elle y intervient à l'intérieur de théories qui font du droit de rompre unilatéralement un contrat de travail un droit relatif, soumis à un certain contrôle du juge : la théorie de l'avis raisonnable au Québec et la théorie de l'abus de droit en France.

L'exigence d'un avis raisonnable existe depuis longtemps en droit commun québécois. Dès 1906, Mignault écrivait que lorsque le terme d'un contrat est indéfini, « l'une ou l'autre des parties ne peut alors le terminer sans donner avis à l'autre dans un délai raisonnable⁸⁷ ». Les tribunaux de droit commun feront graduellement de la durée du lien d'emploi un des critères devant être pris en compte pour déterminer la durée d'un avis raisonnable, en particulier à partir de la fin des années 1970 sous l'influence, écriront certains juges, des décisions des provinces de *common law* où l'ancienneté était déjà prise en compte⁸⁸. L'article 2091 du *Code civil du Québec* reprend le principe et les critères qui avaient été formulés par les tribunaux de droit commun, en exigeant que le délai de congé tienne compte, notamment, de la « durée de la prestation de travail⁸⁹ ».

En France, la Cour de cassation a très tôt établi que « la prolongation des services ne modifie pas la nature du contrat intervenu entre les parties, dont les droits et obligations demeurent les mêmes⁹⁰ ». Diverses

87. P.-B. Mignault, *Le droit civil canadien*, Tome septième, Montréal, Wilson et Lafleur, 1906, p. 375, note (a) (références omises). En 1933, la Cour suprême, dans une décision majoritaire, estime que « la majorité de la doctrine et de la jurisprudence n'ont jamais compris qu'un louage de services personnels ne pouvait être fait pour un temps indéterminé. La seule conséquence d'un contrat de ce genre est que l'une des parties peut s'en libérer en donnant un avis de congé raisonnable. » (*Asbestos Corporation Limited c. Cook*, [1933] R.C.S. 86, 91).

88. Voir: *Cohen c. R.C.A. Limited*, [1976] C.S. 1321 ; *R.C.A. Limited c. Cohen*, [1978] C.A. 212-213 (Requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada rejetée) ; *Lecompte c. Steinberg's Limited*, [1981] C.S. 211 ; *Steinberg's Limited c. Lecompte*, [1985] C.A. 223. Pour un exposé des critères pris en compte pour déterminer la durée d'un avis raisonnable : *Jolicœur c. Lithographie Montréal Ltée*, [1982] C.S. 230 ; D.T.E. 82T-865 (Appel rejeté).

89. C.c.Q., art. 2091, al. 2.

90. Civ. 18 juillet 1899, S. 1899. I. 508. Les juges du fond considéraient la durée des services pour allonger le délai-congé imposé par l'usage ou encore pour allouer à un employé ancien un délai-congé dont l'existence n'était pas établie. La Cour de cassation a toutefois décidé que l'ancienneté d'un salarié ne peut lui donner droit à un délai-congé plus long que celui que prévoient les usages qui lui sont applicables. Elle casse ainsi une décision qui avait octroyé une indemnité à un salarié dont l'employeur avait rompu « brièvement » [...], à l'expiration du délai d'une huitaine, après quinze années de travail dans la même maison, le contrat intervenu entre lui et son ouvrier, alors que celui-ci avait « déclaré qu'il trouvait ce délai insuffisant » (Civ. 23 mars 1904, S. 1904. I. 264). La

interventions du législateur consacreront cependant l'usage de l'ancienneté dans la détermination de la durée du délai-congé⁹¹. C'est toutefois par la théorie de l'abus de droit que sont apparues les premières manifestations importantes de l'ancienneté comme critère subjectif d'appréciation en droit commun français. En vertu de cette théorie, la responsabilité civile peut être engagée, non seulement en cas d'inexécution d'une obligation née du contrat ou de la loi, mais aussi lors de l'exercice abusif d'un droit conféré par la loi ou le contrat. Cette théorie, admise en matière de droit de congédier à la fin du XIX^e siècle⁹², favorisait une prise en compte des circonstances et des motifs entourant l'exercice par l'employeur de son droit de rompre unilatéralement le contrat de travail. L'ancienneté du salarié sera considérée par les juges français pour apprécier l'étendue du préjudice subi par un salarié du fait de l'exercice abusif par l'employeur de son droit de rompre unilatéralement le contrat⁹³. Les juges du fond ont tenté à plusieurs reprises, dans les années vingt jusqu'aux années soixante, de faire de l'ancienneté du salarié un critère pouvant intervenir dans la qualification même de l'abus de droit. Ils estimaient que le brusque congédiement d'un salarié ancien n'ayant commis aucune faute témoignait de la part de

Cour de cassation a établi dès 1872 le principe voulant que l'employeur ne commettait aucune faute en congédiant brusquement un salarié ancien si les usages ne lui imposaient pas un délai-congé (Civ. 5 février 1872, S. 1872. I. 132 (2^e espèce). Voir : M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, 2^e édition, Tome XI, 1954, n° 859 et suiv., p. 104 et suiv.

91. Les premières lois ont créé un préavis dont la durée était déterminée en rapport avec la durée du contrat pour certaines catégories de salariés (Loi du 29 mars 1935 relative au statut des journalistes ; Loi du 18 juillet 1937 sur le statut des VRP). La Loi du 19 février 1958, sous l'influence de la pratique des conventions collectives, a imposé un préavis légal et obligatoire pour tous salariés possédant six mois d'ancienneté (G.H. Camerlynck, « La réforme du délai-congé », (1958) *Dalloz Chron.* 57 ; C. Lapp et J.-P. Apprill, « La modification de l'article 23, Livre 1^{er}, du Code du travail par la Loi du 19 février 1958 », (1958) *J.C.P.* I. 1438. 2).
92. Civ. 18 juillet 1899, S. 1899. I. 508, 509 ; Civ. 2 mars 1898, S. 1899. I. 33 (trois espèces — obs. G. Appert).
93. La Loi du 27 décembre 1890 modifiait l'article 1780 C.c. pour y inclure le principe voulant que la résiliation du contrat par un seul contractant peut donner lieu à des dommages-intérêts. Parmi les critères que devait prendre en compte le juge pour déterminer l'indemnité de rupture, la loi identifiait celui du « temps écoulé », puisqu'« un employé qui est resté longtemps au service de quelqu'un, qui a consacré plusieurs années de sa vie à un établissement industriel, agricole, commercial, a plus de droits, s'il est congédié, à la bienveillance de la justice qu'un employé nouveau, qui n'avait pas encore l'espoir d'avoir acquis une situation définitive » (*Lois, décrets et actes législatifs*, D. 1891. IV. 36). La Loi du 19 juillet 1928 a remplacé la notion de « temps écoulé » par celle d'« ancienneté des services » (M. Planiol et G. Ripert, *op. cit.*, note 90, n° 870, p. 120).

l'employeur d'une légèreté blâmable constitutive d'un abus. Ces tentatives ont toutes été désapprouvées par la Cour de cassation⁹⁴.

Avec l'émergence d'un droit du licenciement en 1973 en France, la théorie de l'abus de droit est maintenant d'usage limité. Au Québec, on note toutefois un intérêt renouvelé pour cette théorie depuis que la Cour suprême a admis clairement son applicabilité en matière de responsabilité contractuelle en 1990⁹⁵ et qu'elle a été codifiée dans un nouvel article du *Code civil du Québec*⁹⁶. On peut penser qu'il s'agira là d'un nouveau fondement de l'utilisation de l'ancienneté à titre de critère subjectif d'appréciation.

Il est tentant d'expliquer cette importance croissante de l'ancienneté en droit commun par l'influence des relations collectives sur le développement du droit commun depuis les années 1980⁹⁷. L'ancienneté, de nature fondamentalement collectiviste, s'installerait dans le droit commun des rapports individuels de travail à la faveur d'un « retour en force des relations individuelles de travail⁹⁸ » et d'un déclin des institutions des rapports collectifs de travail. Les institutions collectives déclinent, mais les valeurs restent : « [c]e système de relations collectives encore en place repose sur des lois et des institutions qui génèrent à leur tour des modes de pensée et des réflexes qui ne peuvent pas ne pas se répercuter au niveau des relations individuelles de travail⁹⁹ ».

Certes, le rôle de l'ancienneté dans les rapports collectifs de travail explique en partie l'importance récente de ce critère en droit commun. Cependant, ce critère est apparu par des théories qui laissent une marge d'appréciation au juge et qui favorisent ainsi la prise en compte de valeurs sociales dans l'interprétation judiciaire. Valeur sociale consacrée par l'usage, l'ancienneté apparue en droit commun est une notion individualiste, qui mesure la durée du lien d'emploi ou encore, pour employer une expression consacrée qui évoque une certaine conception paternaliste de l'entreprise, la longue durée des bons et loyaux services du salarié. La notion ici utilisée est institutionnelle : elle mesure une durée d'appartenance du salarié à l'entreprise.

94. Civ. 19 juillet 1928, D.H. 1928. 464 ; Soc. 30 octobre 1947, J.C.P. 1948. II. 4085 ; Soc. 28 juin 1958, Bull. IV. 1384. 1066 ; A. Brun, *op. cit.*, note 85, p. 331.

95. *Houle c. Banque canadienne nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122.

96. C.c.Q., art. 7 et 2092.

97. R. Breton, « L'indemnité de congédiement en droit commun », (1990) 31 *C. de D.* 3, 41.

98. *Id.*, 5.

99. *Id.*, 30.

- Un critère d'acquisition de droits dans les lois du travail

Les lois du travail québécoises et françaises font une large place à l'ancienneté comme critère d'attribution de droits. Il s'agit alors d'une ancienneté reposant sur l'existence d'un contrat de travail. Au Québec, la *Loi sur les normes du travail*, qui détermine des conditions de travail minimales applicables à tous les salariés, fonde l'attribution d'avantages divers¹⁰⁰ sur une exigence de service continu constitué par :

la durée ininterrompue pendant laquelle le salarié est lié à l'employeur par un contrat de travail, même si l'exécution du travail a été interrompue sans qu'il y ait résiliation du contrat, et la période pendant laquelle se succèdent des contrats à durée déterminée sans une interruption qui, dans les circonstances, permette de conclure à un non-renouvellement de contrat¹⁰¹.

Le service continu correspond à la durée du lien d'emploi et non à la période de temps pendant laquelle des services ont été effectivement fournis¹⁰². Par conséquent, le service continu n'est pas interrompu par la suspension de l'exécution du travail pour cause de maladie¹⁰³, accident de travail¹⁰⁴, maternité¹⁰⁵, congés sans solde¹⁰⁶, congés d'études¹⁰⁷ ou mises à pied¹⁰⁸. L'horaire de travail, à temps partiel ou à temps plein, n'a pas

100. *Supra*, p. 268.

101. L.n.t., art. 1, par. 12.

102. *Baby et Orchestre symphonique de Québec Inc.*, (1987) T.A. 16 ; D.T.E. 87T-14 (L.E. Roy, arb.).

103. *Restaurant Dunns et Jeanson*, D.T.E. 90T-1029 (J. Boucher, arb.) (Requête en évocation rejetée le 24 octobre 1990) ; *Lemay et Québec (Ministère du Revenu)*, D.T.E. 94T-244 (A. Racicot, C.T.).

104. *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, L.R.Q., c. A-3.001, art. 235 ; *Carboneau et N. Morrissette Canada Inc.*, D.T.E. 90T-780 (B. Lefebvre, arb.).

105. *Bélanger Herr et Collège français*, D.T.E. 83T-956 (M. Abramowitz, arb.) ; *Groupe Purdel inc. c. Dupuis-Cloutier*, [1987] T.A. 529, 531 ; D.T.E. 87T-767 (H. Gagnon, arb.) ; Requête en évocation rejetée : *Groupe Purdel inc. c. Gagnon*, D.T.E. 88T-242 (C.S.).

106. *Groupe Purdel inc. et Dupuis-Cloutier*, précité, note 105, 531.

107. *La Chemise Lapointe et Drouin*, D.T.E. 86T-407 (N. Cliche, arb.).

108. La continuité du service lors d'une mise à pied saisonnière a toutefois posé des problèmes particuliers. Voir : *Cie de sable c. C.n.t.*, [1985] C.A. 281 ; D.T.E. 85T-387 (C.A.) (Requête pour autorisation de pourvoi à la C.S.C. rejetée le 27 juin 1985) ; *Internote c. C.n.t.*, [1989] R.J.Q. 2097 ; D.T.E. 89T-845 (C.A.). Il semble établi que la continuité de service n'est pas interrompue par la mise à pied car il n'y a pas à ce moment rupture définitive du lien d'emploi : *Groupe Purdel inc. c. Dupuis-Cloutier*, précité, note 105 ; *Labanowska c. Grands magasins Towers*, [1991] R.J.Q. 1157 (C.Q.) ; D.T.E. 91T-413 (C.Q.) ; *C.n.t. c. Studio Sylvain Dethioux Inc.*, D.T.E. 90T-934 (C.Q.) ; *Raymond et Landry automobile ltée*, [1992] T.A. 272 ; D.T.E. 92T-372 (C. D'Aoust, arb.).

d'incidence sur l'accumulation du service continu au sens de la loi¹⁰⁹. De même, les prestations de travail intermittentes d'un travailleur saisonnier, d'un travailleur sur appel ou d'un travailleur suppléant n'interrompent pas le service continu s'il y a continuité du lien d'emploi¹¹⁰. La loi précise qu'une succession de contrats à durée déterminée n'empêche pas l'accumulation du service continu¹¹¹. Lors d'un transfert d'entreprise, le service continu se rattache à l'entreprise plutôt qu'à l'employeur¹¹².

En France, le *Code du travail* assujettit aussi l'octroi de plusieurs avantages ou droits de priorité à une condition d'ancienneté qui n'est nulle part définie¹¹³. L'ancienneté du lien contractuel n'est utilisée que pour

-
109. *Labanowska c. Grands magasins Towers*, précité, note 108.
110. *C.n.t. c. Beausignol et al.*, [1987] R.J.Q. 688 (C.P.); D.T.E. 87T-293 (C.P.); *Émond et La Malbaie (Ville de)*, D.T.E. 92T-184 (A. Larocque, arb.); *Doyon et H & R Block Canada inc.*, D.T.E. 93T-1130 (J. Lalonde, C.T.) (requête en évocation rejetée le 19 octobre 1993); *Commission scolaire catholique de Sherbrooke et De Billy*, D.T.E. 90T-1353 (J.-P. Lemieux, arb.). Contra : *Germain et Commission scolaire Chutes-Montmorency*, D.T.E. 92T-369 (J. Gauvin, arb.)
111. Jusqu'en 1990, le service continu était défini comme la « durée ininterrompue pendant laquelle le salarié est lié à l'employeur par un contrat de travail, même si l'exécution du travail a été interrompue sans qu'il y ait résiliation du contrat ». Les tribunaux inférieurs, puis la Cour d'appel ont toutefois établi que la continuité des services transcende les vicissitudes contractuelles du rapport de travail et qu'il pouvait y avoir continuité de service par une succession de contrats à durée déterminée (*La Commission scolaire Berthier Nord-Joli c. Beauséjour*, [1988] R.J.Q. 639 (C.A.); D.T.E. 88T-261 (C.A.); *Moore c. Montréal Trust*, [1988] R.J.Q. 2339, D.T.E. 88T-878 (C.A.) (Requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada rejetée le 21 janvier 1989); *Baby et Orchestre symphonique de Québec Inc.*, précité, note 102.
112. L'article 124 de la *Loi sur les normes du travail* soumet depuis 1990 l'accès au recours à l'encontre d'un congédiement sans cause juste et suffisante à une condition de service continu « dans une même entreprise » et non plus à une exigence de service continu chez un même employeur (*Loi modifiant la Loi sur les normes du travail et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1990, c. 73, art. 59, par. 3). La Cour d'appel avait déjà décidé que l'aliénation ou la concession totale ou partielle de l'entreprise n'affectait pas la notion de service continu : *Produits Pétro-Canada inc. c. Moalli*, [1987] R.J.Q. 261; D.T.E. 87T-58 (C.A.); *Martin c. La compagnie d'assurances du Canada sur la vie*, [1987] R.J.Q. 514 (C.A.); *Ventes Mercury des Laurentides inc. c. Bergevin*, D.T.E. 88T-153 (C.A.). Voir : P. Laporte, *Le traité du recours à l'encontre d'un congédiement sans cause juste et suffisante*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1992, p. 70 et suiv.
113. L'exigence d'ancienneté est formulée de diverses manières dans le *Code du travail* : « ancienneté de services continus » (C.T., art. L. 122-6); « ancienneté ininterrompue au service du même employeur » (C.T., art. L. 122-9); « ancienneté de service dans l'établissement ou l'entreprise » (C.T., art. L. 321-1-1); « ancienneté dans l'entreprise » (C.T., art. L. 122-14-5); « ancienneté minimale » (C.T., art. L. 122-28-1); « avoir été occupé chez le même employeur pendant un temps équivalent à un minimum d'un mois de travail effectif » (C.T., art. L. 223-2); « mois de travail » (C.T., art. L. 223-2); « ancienneté dans l'entreprise d'au moins trente-six mois, consécutifs ou non » (C.T., art. L. 122-32-13 et art. L. 122-32-18); « ancienneté en qualité de salarié, d'au moins

déterminer les sanctions applicables à un licenciement fait sans cause réelle et sérieuse ou avec irrégularité de procédure¹¹⁴, ainsi que pour apprécier les conditions pour pouvoir participer à titre d'électeur à la mise en place des institutions représentatives du personnel¹¹⁵. Les autres conditions légales d'ancienneté sont soumises à une interprétation plus restrictive, l'ancienneté de travail effectif, aussi appelée ancienneté de services continus. Création jurisprudentielle¹¹⁶, l'ancienneté de travail effectif est maintenant visée par l'article L. 122-10 du *Code du travail* qui dispose que « les circonstances qui [...] entraînent la suspension du contrat de travail, ne sont pas regardées comme interrompant l'ancienneté du salarié. Toutefois, la période de suspension n'entre pas en compte dans la durée d'ancienneté exigée... » Le champ d'application de cette notion d'ancienneté de travail effectif est limité par le même texte à deux situations : la détermination de la durée du préavis et l'ouverture du droit à une indemnité de licenciement¹¹⁷. Cependant, cette notion restrictive d'ancienneté a été étendue en jurisprudence à des cas non visés par l'article L. 122-10¹¹⁸. Pour atténuer les conséquences de cette définition restrictive de

vingt-quatre mois consécutifs ou non, quelle qu'ait été la nature des contrats de travail successifs, dont douze mois dans l'entreprise » (C.T., art. L. 931-2) ; « année de service dans l'entreprise » (C.T., art. R. 122-2) ; « salariés [...] travaillant depuis trois mois au moins dans l'entreprise » (C.T., art. L. 433-4) ; « électeurs [...] travaillant dans l'entreprise sans interruption depuis un an au moins » (C.T., art. L. 433-5) ; « salariés [...] ayant travaillé trois mois au moins dans l'entreprise » (C.T., art. L. 423-7) ; « électeurs [...] ayant travaillé dans l'entreprise sans interruption depuis un an au moins » (C.T., art. L. 423-8) ; « doivent [...] travailler dans l'entreprise depuis un an au moins » (C.T., art. L. 412-14).

114. C.T., art. L. 122-14-5. Voir : Soc. 29 juin 1977, Jur. Soc. U.I.M.M. 1977. 376. 281 (1^{er} esp.) ; Soc. 17 octobre 1979, J.C.P. 1979. IV. 38.
115. Un salarié, pour pouvoir participer à titre d'électeur aux élections des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise, doit justifier d'une certaine ancienneté dans l'entreprise (C.T., art. L. 423-7 (délégués du personnel) et art. L. 433-4 (comité d'entreprise)). Soc. 13 juin 1979, Bull. V. 528. 388 ; Soc. 8 avril 1992, Bull. V. 264. 163.
116. Soc. 9 octobre 1963, D.S. 1964. 103 ; J.C.P. 1963. II. 13424 (note G.H. Camerlynck) ; G. Poulain, *loc. cit.*, note 66, 226.
117. C.T., art. L. 122-6 et L. 122-9. Voir entre autres : Soc. 19 juin 1987, Bull. V. 401. 254.
118. Les salariés doivent justifier d'une certaine ancienneté pour être éligibles aux fonctions de délégué du personnel (C.T., art. L. 423-8), membre du comité d'entreprise (C.T., art. L. 433-5) et délégué syndical (C.T., art. L. 412-14). Sur l'interprétation de ces conditions d'ancienneté au sens d'une ancienneté de travail effectif, voir : Soc. 26 septembre 1984, Bull. V. 337. 255 ; Soc. 17 mars 1988, Bull. V. 189. 123. Des arrêts récents semblent revenir à une interprétation plus souple de la notion d'ancienneté : Soc. 15 novembre 1988, D.S. 1989. 144 ; Soc. 15 mai 1991, D. 1991. I.R. 147 ; Soc. 1^{er} décembre 1993, Bull. V. 300. 204. Voir : H. Marie, « Inéligibilités aux élections professionnelles et suspension du contrat de travail en cas d'arrêt maladie », (1989) *Droit social* 144 ; G. Lyon-Caen et J. Péliissier, *op. cit.*, note 71, n° 672, p. 774. La détermination du montant de l'indemnité

l'ancienneté, le législateur assimile certaines périodes d'absence à une période de travail effectif¹¹⁹ ou précise, dans une rédaction inverse à l'article L. 122-10, que certaines causes de suspension du contrat de travail doivent être prises en compte dans le calcul de l'ancienneté¹²⁰. Les conventions collectives peuvent aussi bonifier les définitions de l'ancienneté, pour y inclure des périodes d'absences qui seraient autrement exclues.

Ces conditions d'ancienneté survivent bien aux mutations actuelles du marché du travail. Les formes d'emploi dites précaires ne font pas obstacle à l'accumulation de l'ancienneté lorsqu'il existe un lien d'emploi continu¹²¹. Le *Code du travail* français établit aussi le maintien des contrats de travail lors d'un transfert d'entreprise, ce qui a pour véritable portée de protéger l'ancienneté des salariés¹²². Enfin, la mobilité professionnelle d'un salarié

de licenciement est aussi soumise à une condition d'ancienneté (C.T., art. R. 122-2), interprétée au sens d'une ancienneté de travail effectif. Voir : Soc. 19 juin 1987, Bull. V. 401. 254 ; J. Savatier, « Réflexions sur les indemnités de licenciement », (1989) *Droit social*, 125, 126. Voir aussi, dans le cas d'une indemnité conventionnelle de mise à la retraite : Soc. 27 mai 1992, Bull. V. 344. 214-215. Sur le cumul des différentes périodes passées dans l'entreprise, sous des contrats de travail différents, pour calculer l'ancienneté en matière d'indemnité conventionnelle de fin de carrière ou d'indemnité de préavis et de licenciement : Soc. 3 février 1993, Bull. V. 36. 27 ; Soc. 13 juillet 1993, Bull. V. 205. 141.

119. Exemples d'assimilation d'une période d'absence à une période de travail effectif pour la détermination de la durée du congé annuel ou les avantages liés à l'ancienneté dans l'entreprise : C.T., art. L. 122-24-1, L. 122-25-3 ; L. 122-26-2, L. 212-5-1, L. 223-4, L. 225-2, L. 226-1, L. 451-2, L. 514-1, L. 931-7. Voir : Soc. 24 juin 1992, Bull. V. 411. 255 ; Soc. 10 novembre 1993, Bull. V. 262. 179.
120. Même s'il n'est pas clairement établi que l'accumulation de l'ancienneté de travail effectif est garantie par ces textes : C.T., art. L. 122-28-6, L. 122-32-1, L. 931-7. Voir : D. Corrigan-Carsin, « À propos du congé parental d'éducation : portée de la suspension légale du contrat de travail », (1993) *Droit social* 728, 731-733.
121. En France, le cumul de l'ancienneté est aussi protégé lors de contrats à durée déterminée successifs (Soc. 22 janvier 1992, Bull. V. 21. 13), de la requalification du contrat à déterminée quand la relation de travail se poursuit à l'échéance du terme (C.T., art. L. 122-3-10), lorsqu'un travailleur étranger non muni du titre l'autorisant à exercer une activité salariée en France est employé irrégulièrement dans une entreprise (C.T., art. L. 341-6-1), lors de contrats de travail intermittent (C.T., art. L. 212-4-10), dans le cas des contrats de travail temporaire (C.T., art. L. 124-6 et 124-15) et dans le cas des travailleurs à temps partiel (C.T., art. 212-4-2). Des conditions d'ancienneté relatives au congé de formation pour les personnes ayant été titulaires de contrats à durée déterminée sont aussi spécifiées (C.T., art. L. 931-15).
122. C.T., art. L. 122-12, 2^e al. Commet un licenciement contraire à l'article L. 122-12 un nouvel employeur qui refuse de prendre en compte la totalité de l'ancienneté du salarié en soutenant que « l'ancienneté, qui est une donnée incorporelle, ne constitue pas un élément substantiel du contrat de travail et ne peut représenter un avantage s'imposant

devant travailler pour des employeurs juridiquement distincts ne fait pas obstacle à la conservation et à l'accumulation de son ancienneté si son contrat de travail se poursuit en dépit de ses différentes affectations¹²³.

Le rattachement de l'ancienneté à l'exécution dans le temps des obligations du contrat de travail permet de mettre à jour les règles de conservation et d'accumulation des conditions légales d'ancienneté, en particulier en France. L'ancienneté y est fondée sur le contrat de travail, malgré les nombreuses références des textes à l'ancienneté dans l'entreprise¹²⁴. Au Québec, la condition légale de service continu est interprétée largement; elle se rattache à la fois au contrat de travail et à la notion d'entreprise¹²⁵.

- Une notion interprétée en jurisprudence arbitrale de griefs

Au Québec, il arrive enfin que les conventions collectives fondent l'attribution de certains droits sur une condition d'ancienneté qui n'est pas définie ou dont la définition soulève des problèmes d'interprétation. La convention collective crée des droits qui reposent sur une condition d'ancienneté sans préciser les périodes qui seront prises en compte dans le calcul de cette ancienneté. Plusieurs arbitres de griefs assimilent alors l'ancienneté à la durée totale du lien d'emploi entre l'employeur et le salarié. Par exemple, sauf disposition contraire de la convention collective, l'ancienneté continuerait de s'accumuler malgré une absence du salarié

au nouvel employeur, lors de la mise en place d'un contrat, même transféré » : Soc 3 février 1993, Bull. V. 30. 23 ; H. Sinay, « Stabilité de l'emploi et transfert d'entreprise », (1961) *J.C.P.* I. 1647.

123. L'ancienneté continue de s'accumuler en dépit de la mobilité professionnelle du salarié dans certains cas de mise à disposition internationale (C.T., art. L. 122-14-8), lorsqu'un salarié travaille pour un groupement d'employeurs (C.T., art. L. 127-1), ou lors du rattachement du contrat de travail à un groupe de sociétés juridiquement distinctes (Voir à titre d'exemple : Soc. 16 juin 1988, C.S.B.P. 1988. A. 20 ; J. Savatier, « Détachement ou mutation de salariés entre sociétés d'un même groupe et calcul de l'ancienneté », (1994) *Droit social* 542). Des textes élargissent le cadre d'appréciation de l'ancienneté, ce qui a pour effet de ne pas priver un salarié jouissant d'une certaine mobilité professionnelle de l'accès à certains avantages. Il en est ainsi des congés pour création d'entreprise, des congés sabbatiques ou des congés de formation, qui sont soumis à une condition d'ancienneté en qualité de salarié (C.T., art. L. 931-2 et L. 931-15), d'ancienneté acquise dans le groupe (C.T., art. L. 122-32-28) ou d'ancienneté dans l'activité professionnelle (C.T. art. L. 122-32-18).

124. *Supra*, note 113.

125. L.n.t., art. 1, par. 12, 97 et 124.

dans la mesure où le lien d'emploi n'est pas rompu¹²⁶. L'ancienneté au sens de la convention collective, comme certaines conditions légales d'ancienneté, reflète alors la durée du lien d'emploi et non la durée des périodes de travail effectif.

La prise en compte aux fins du calcul de l'ancienneté d'une période de service exécutée pour l'employeur dans un poste hors de l'unité d'accréditation régie par la convention collective soulève cependant des problèmes particuliers. Il s'agit de salariés qui, embauchés directement à un poste hors de l'unité d'accréditation, sont ensuite mutés à un poste compris dans l'unité et donc couverts par la convention collective. C'est aussi le cas de salariés qui ont occupé un poste compris dans l'unité d'accréditation avant d'être mutés ou promus à un poste hors de l'unité, et qui y reviennent ensuite. L'ancienneté de ces salariés sera-t-elle équivalente à la durée du lien d'emploi avec l'employeur ou à la durée d'appartenance du salarié à l'unité d'accréditation ? Le point de départ du calcul de l'ancienneté est-il la date d'embauche du salarié ou sa date d'entrée dans un poste couvert par l'unité d'accréditation ? Doit-on considérer que seules les périodes de service exécutées dans un poste compris dans l'unité d'accréditation permettent le cumul de l'ancienneté au sens de la convention collective ? Une réponse affirmative pourrait modifier la nature juridique de l'ancienneté dans le domaine des rapports collectifs : du lien individuel d'emploi, on en viendrait plutôt à mesurer la durée d'appartenance d'un salarié à un cadre qui ne serait plus l'entreprise mais l'unité d'accréditation.

Précisons d'emblée que plusieurs conventions collectives prévoient expressément les modalités de calcul de l'ancienneté du salarié ainsi intégré ou réintégré dans un poste compris dans l'unité d'accréditation¹²⁷.

126. D'Aoust et Meunier écrivent : « Quel est l'effet d'une absence du travail sur la conservation ou l'accumulation de l'ancienneté ? À moins d'indication contraire dans la convention collective, un employé continue d'accumuler de l'ancienneté lors d'absences pour cause de maladie, d'accident du travail ou de mises à pied, du moins pendant un certain temps. » (C. D'Aoust et F. Meunier, *op. cit.*, note 8, p. 51-52). Vézina soutient aussi que « L'ancienneté réelle n'a rien de particulier, c'est l'ancienneté au sens ordinaire et originel du terme. Généralement, les parties à la convention définissent ce qu'ils [sic] entendent par ancienneté, dans ce cas il faut respecter l'intention des parties. Dans le cas contraire, l'ancienneté est généralement interprétée comme le temps passé au service de l'employeur. Celle-ci se calcule généralement depuis le jour où l'employé a été embauché et se confond somme toute avec le statut d'employé du salarié. » (C. Vézina, *op. cit.*, note 8, p. 12). Voir à titre d'exemple : *Société des alcools du Québec et Syndicat des employés de magasins et de bureaux de la S.A.Q.*, D.T.E. 82T-192 (M. Boisvert, arb.); *Union nationale des poseurs de systèmes intérieurs, de revêtements souples et travailleurs d'usine, section locale 2366 et Lacasse inc.*, D.T.E. 93T-291 (B. Lefebvre, arb.).

127. Voir à titre d'exemple : *Emballages Paperboard Inc. et Union des routiers, brasseries, liqueurs douces et ouvriers de diverses industries, local 1999*, [1990] T.A. 348 ; D.T.E.

En l'absence de dispositions dans la convention collective, la solution dominante conduit à prendre en compte la durée totale du lien d'emploi entre un employeur et un salarié pour calculer l'ancienneté de ce dernier, et de considérer ainsi les périodes de service exécutées dans une fonction non visée par le certificat d'accréditation aux fins du calcul de l'ancienneté au sens de la convention collective¹²⁸. Ainsi, l'arbitre Claude Fabien écrit :

Il y a problème lorsque la convention collective réfère à l'ancienneté sans bien définir le terme ou sans en préciser le régime : l'ancienneté est-elle alors un état de fait qui s'impose par la nature des choses, sous réserve des limitations de la convention collective, ou au contraire est-elle un état qui demeure sans effets juridiques si la convention collective ne lui en reconnaît aucun explicitement ? Il y a lieu dans un tel cas de rechercher la volonté implicite des parties. Si elles ont employé le mot « ancienneté » sans le définir, on doit présumer qu'elles s'en remettent à l'usage et au sens naturel du mot qui désigne la durée du lien d'emploi d'un employé avec son employeur, à compter du moment où il s'est créé. On devrait alors interpréter restrictivement

90T-679 (M. Gravel, arb.) ; *Emballages Consumers Inc. et Syndicat international des ouvriers de l'aluminium, de la brique et du verre, local 206*, [1990] T.A. 401 ; D.T.E. 90T-740 (C. Fabien, arb.) ; *Métallurgistes unis d'Amérique, section locale 9019 et Cambior inc.*, D.T.E. 92T-27 (P. Cloutier, arb.) ; *Sabex inc. et Union des routiers, brasseries, liqueurs douces et ouvriers de diverses industries, section locale 1999 (Teamsters)*, D.T.E. 94T-632 (J.-P. Lussier, arb.). Les conventions collectives peuvent aussi prévoir les mécanismes de transfert de l'ancienneté des salariés ayant travaillé dans plusieurs unités d'accréditation : *Syndicat des professeurs du Collège de l'Abitibi-Témiscamingue c. Ayoite*, [1990] R.L. 218 (C.A.) ; D.T.E. 90T-309 (C.A.). Elles peuvent aussi comporter des clauses qui assujettissent le calcul de l'ancienneté à une aire plus large que l'établissement : *I.C.G. Gaz Liquide et Union internationale des travailleurs du verre, poterie, plastique et autres, sections locales 342 et 345*, [1991] T.A. 81 ; D.T.E. 91T-234 (L.E. Roy, arb.). À titre d'exemple d'une clause similaire tenant compte de la mobilité de la main-d'œuvre : *Duguay et Produits forestiers E.B. Eddy*, [1989] T.A. 231 ; D.T.E. 89T-190 (J.-G. Clément, arb.).

128. Considérant le fait que toutes les sentences arbitrales ne sont pas publiées ni même rapportées, il serait présomptueux de soutenir qu'il s'agit là d'une interprétation caractérisant l'ensemble de la jurisprudence arbitrale. Elle semble cependant partagée par plusieurs arbitres ayant rendu des décisions publiées ou rapportées dans des litiges portant sur le calcul de l'ancienneté. Elle y est présentée comme la tendance majoritaire : *Urgences-santé et Rassemblement des employés techniciens-ambulanciers du Québec*, D.T.E. 94T-127 (F. Hamelin, arb.). Voir : *Cie Générale Électrique du Canada et Syndicat international des travailleurs de l'électricité, de la radio et de machinerie*, D.T.E. 85T-461 (M. Morin, arb.) ; *Arbo Service inc. c. Fraternité provinciale des ouvriers en électricité, local 1676*, [1989] T.A. 799 ; D.T.E. 89T-902 (M. Boisvert, arb.) ; *Centre d'accueil Jean-Olivier Chénier et Syndicat des salariés des centres d'accueil (CSD)*, A.A.S. 93A-1 (J.-P. Lussier, arb.) ; *Association des employés de garages des Cantons de l'Est et Mont-Orford Auto inc.*, D.T.E. 93T-647 (J.-G. Ménard, arb.) ; *Centre communautaire juridique de Montréal et Syndicat des avocats de l'aide juridique de Montréal*,

les dispositions de la convention qui font perdre de l'ancienneté à un employé. Ce n'est donc qu'en cas de silence relatif de la convention collective sur l'ancienneté que se pose le problème de sa nature juridique¹²⁹.

La durée du lien individuel d'emploi, et non la durée d'appartenance du salarié à l'unité d'accréditation ou la somme des périodes effectivement travaillées, semble ainsi constituer le point de référence pour le calcul de l'ancienneté, même lorsque l'ancienneté ainsi obtenue a des incidences sur le rang d'ancienneté des autres salariés, c'est-à-dire sur l'ancienneté relative¹³⁰. À plus forte raison pourra-t-elle être retenue, en l'absence de dispositions expresses dans la convention collective, pour calculer l'ancienneté des salariés lorsque celle-ci sert par exemple à attribuer un meilleur taux de salaire ou des congés annuels plus longs¹³¹, puisque ces avantages individuels n'ont pas d'incidence sur le rang d'ancienneté des autres salariés. En ce sens, la distinction entre l'ancienneté et le service, ou entre l'ancienneté relative et l'ancienneté absolue tient aux effets plutôt qu'à la nature juridique de l'ancienneté¹³².

Somme toute, il existe de fortes présomptions à l'effet qu'en l'absence de dispositions expresses dans la convention collective, l'ancienneté du lien

D.T.E. 94T-156 (F. Hamelin, arb.). *Contra* : *Union des employé(e)s de restauration, local 8470 c. Quality Inns*, [1987] T.A. 62 ; D.T.E. 87T-171 (J.-G. Ménard, arb.). Voir aussi : C. D'Aoust et F. Meunier, *op. cit.*, note 8, p. 50 et suiv.

129. *Emballages Consumers et Syndicat international des ouvriers de l'aluminium, de la brique et du verre, local 206*, précité, note 127, 407.

130. Par exemple : *Union nationale des poseurs de systèmes intérieurs, de revêtements souples et travailleurs d'usine, section locale 2366 et Lacasse inc.*, précité, note 126 ; *Association des employés de garages des Cantons de l'Est et Mont-Orford Auto inc.*, précité, note 128 ; *Urgences-santé et Rassemblement des employés techniciens-ambulanciers du Québec*, précité, note 128 ; *Centre communautaire juridique de Montréal et Syndicat des avocats de l'aide juridique de Montréal*, précité, note 128. En France, où le *Code du travail* utilise aussi l'ancienneté dans l'entreprise pour conférer des droits de priorité, il n'existe à notre connaissance aucun arrêt portant sur le calcul de l'ancienneté dans un tel contexte.

131. En matière de taux de salaire : *Travailleurs unis de l'alimentation et du commerce, section locale 500 c. 2524-9517 Québec inc.*, [1989] T.A. 354 ; D.T.E. 89T-352 (P. Cloutier, arb.) ; *Centre d'accueil Dollard-des-Ormeaux et Union des employées et employés de service, section locale 298*, D.T.E. 93T-711 (B. Brody, arb.) ; *Centre d'accueil Dollard-des-Ormeaux c. Brody*, D.T.E. 93T-712 (C.S.). En matière de congé annuel : *C.I.P. inc (La Tuque) c. Syndicat canadien des travailleurs du papier, section locale 27*, D.T.E. 84T-400 (L.E. Roy, arb.). En matière de droit d'accumuler des congés de maladie pendant une période d'absence : *Association des technologistes médicaux du Québec c. Frumkin et al.*, [1989] R.J.Q. 1299 (C.S.) ; D.T.E. 89T-509 (C.S.) (Appel, C.A.M.).

132. Voir toutefois : *Provigo Distribution inc. et Syndicat des travailleuses et travailleurs des magasins Provigo Port-Cartier (C.S.N.)*, D.T.E. 92T-362 (F. Francoeur, arb.).

individuel d'emploi constitue « l'ancienneté de droit commun » en jurisprudence arbitrale.

L'ancienneté et le lien individuel d'emploi

Ces formes d'utilisation de l'ancienneté se rattachent au caractère successif de la prestation de travail, au fait que les obligations relatives au travail s'exécutent dans le temps. Du point de vue de sa nature, l'ancienneté serait donc un procédé par lequel une valeur est donnée à l'écoulement du temps dans le cadre d'un lien individuel d'emploi, parfois fondé sur l'appartenance à l'entreprise, parfois sur l'existence d'un lien contractuel avec l'employeur. La dualité des rapports de travail¹³³, rattachés pour partie au contrat de travail et pour partie à l'« entreprise-institution », nous paraît déterminer la nature juridique de l'ancienneté en droit du travail.

Lorsqu'elle intervient à titre de critère subjectif d'appréciation judiciaire, en France et au Québec, l'ancienneté témoigne de la reconnaissance de la contribution personnelle du salarié au fonctionnement de l'entreprise. Il est d'ailleurs révélateur que l'ancienneté du salarié soit alors souvent considérée avec la qualité des services fournis (bons et loyaux services ; absence de dossier disciplinaire). Le rattachement de l'ancienneté du salarié à l'entreprise plutôt qu'à un employeur particulier résulte aussi au Québec des dispositions relatives au transfert d'entreprise.

Utilisée comme critère objectif d'attribution de droits, d'avantages ou de priorités, l'ancienneté est cependant devenue dans la plupart des cas une unité de mesure de l'exécution dans le temps des obligations du rapport de travail entre un employeur et un salarié. Le travailleur a l'obligation d'exécuter le travail convenu¹³⁴, de le faire avec diligence¹³⁵ ou conscience¹³⁶, d'obéir à l'employeur pour tout ce qui concerne l'exécution du contrat¹³⁷, de faire preuve de fidélité¹³⁸, de loyauté et de discrétion¹³⁹.

133. P. Durand, *op. cit.*, note 76, p. 204.

134. M. Planiol et G. Ripert, *op. cit.*, note 90, n° 843, p. 84 ; C. D'Aoust, *Le contrat individuel de travail en droit québécois*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1970, p. 28.

135. C. D'Aoust, *op. cit.*, note 134, p. 28-33.

136. M. Planiol et G. Ripert, *op. cit.*, note 90, n° 843, p. 84.

137. *Id.*, n° 843, p. 84 ; C. D'Aoust, *op. cit.*, note 134, p. 28 ; C. D'Aoust et G. Trudeau, *L'obligation d'obéir et ses limites dans la jurisprudence arbitrale québécoise*, Montréal, École de relations industrielles, Université de Montréal, Monographie 4, 1979, 62 pages.

138. M. Planiol et G. Ripert, *op. cit.*, note 90, n° 844, p. 85 ; « La fidélité dans l'entreprise », 20^e colloque de la revue *Droit social*, (1991) *Droit social* 373-429.

139. C. D'Aoust, *op. cit.*, note 134, p. 33 à 35.

L'ancienneté se rattache à l'exécution dans le temps de ces différentes obligations. Le salarié cumule de l'ancienneté lorsqu'il exécute les obligations de son contrat de travail.

Cette vision de la nature de l'ancienneté permet d'éclairer ses modes de calcul dans le cas de relations individuelles de travail, où elle intervient à titre de critère légal d'acquisition de droits. Elle est aussi valable, croyons-nous, lorsqu'un salarié est régi par une convention collective. Sous le régime de la convention collective, les obligations traditionnelles du contrat de travail continuent d'exister, même si le débat persiste sur la source de ces obligations implicites¹⁴⁰. Les obligations relatives au contrat de travail ne disparaissent pas lorsqu'il existe une convention collective, même lorsqu'elles n'y sont pas expressément formulées. C'est pourquoi nous pensons que cette conception de l'ancienneté permet d'expliquer ses modes de calcul, même dans les régimes de relations du travail nord-américains caractérisés par une conception différente de la convention collective. À tout le moins, la pratique de différentes juridictions dans le domaine du travail témoigne de l'existence d'une « ancienneté de droit commun » fondée sur l'exécution dans le temps des obligations du rapport individuel de travail et sur la durée du lien avec un employeur plutôt que sur la durée d'appartenance du salarié à une unité d'accréditation¹⁴¹.

La reconnaissance d'une ancienneté fondée sur la durée du lien individuel d'emploi n'emporte pas la reconnaissance de droits rattachés à l'ancienneté. C'est pourquoi cette conception de l'ancienneté diffère passablement de la théorie des droits inhérents (*Inherency Theory*). Il ne s'agit pas de faire de l'ancienneté du salarié un droit individuel inaliénable, mais plutôt de rattacher le calcul de l'ancienneté au lien individuel d'emploi et au contenu obligationnel implicite du rapport de travail. Même s'il s'agit d'une conception individualiste de l'ancienneté, elle ne résulte pas d'une perspective unilatérale comme l'est celle de la théorie des droits inhérents¹⁴², ni d'une perspective qui l'élève au rang de droits qui ne pourraient

140. Pour les textes les plus récents sur ce sujet, consulter : F. Morin, « La convention collective sous le prisme du nouveau Code civil ! », (1993) 53 *Revue du Barreau* 283, 297 et suiv. ; P. Verge, « Le contrat de travail selon le Code civil du Québec : pertinence ou impertinence ? », (1993) 24 *Revue générale de droit* 237, 247 et suiv.

141. Et même à une même entreprise, sauf évidemment lorsque l'article 45 du *Code du travail* du Québec reçoit application. Voir par exemple : *Burns International Ltée et Union des agents de sécurité du Québec, Métallurgistes Unis d'Amérique, section locale 8922*, [1992] T.A. 584 ; D.T.E. 92T-886 (N. Cliche, arb.), où l'arbitre, distinguant l'ancienneté et le service, refuse de reconnaître, aux fins du calcul de l'ancienneté au sens de la convention collective, la période de service exécutée par le salarié pour l'employeur précédent, où il n'existait pas de syndicat.

142. R.I. Abrams and D.R. Nolan, *loc. cit.*, note 3, 103.

être aménagés différemment dans la convention collective. Il y a place, dans le débat sur la nature juridique de l'ancienneté, pour une thèse reconnaissant à la fois la dimension fondamentalement individualiste de l'ancienneté et le rôle qu'elle joue dans l'organisation de la collectivité de travail par la convention collective.

SUMMARY

The Legal Nature of Seniority: A Comparison of the Quebec and French Systems of Labour Law

Seniority is not a new criterion, nor is it limited to contemporary labour law. However, modern-day labour law, along with collective bargaining, have helped to embed the concept of seniority in the organization of work in the private sector. The idea that the benefits obtained by a employee should increase with his or her length of service seems to be commonly accepted in different legal contexts. This common emphasis on seniority suggests that it might be interesting to consider the issue of its legal nature by looking beyond a single legal system. Are we always talking about the same thing when we base employees' rights on seniority, length of service or length of uninterrupted service? Is the concept of seniority understood similarly from one system to another? Are its foundations and effects the same? Our intention here is not to discuss the role of seniority in regulating the labour market or the appropriateness of using this criterion in managing workers, but rather to determine whether there are similarities from one legal system to another in the concept of seniority.

The comparative method is used to explore this question. Without wishing to return to the "universalist approach" typical of comparative research in the early part of this century, we believe that certain "principles" can be found in the labour laws of different countries which might appear at first glance to have little in common. Our point of view here is that seniority, i.e. the recognition of continuous service, is one of these principles. Since we have chosen to study seniority as a point of convergence between different legal systems, we will compare the Quebec and French labour law systems which are highly dissimilar. While both systems are based on the same written private law, over the years labour law in the two jurisdictions has evolved into two vastly different models, which correspond closely to the main contemporary labour relations models.

The first part of the paper reviews the literature on seniority in the systems studied. In some cases the literature concerns the roles played by

seniority, which may be compared with the effects of passage of time in various branches of law and in traditional societies; in other cases it bears on the evolution of the concept of seniority, as related to the principal institutions in the two systems. North American literature defines seniority in terms of its role, either as a point beyond which the worker acquires certain rights and benefits (benefit seniority, length of service), or as a criterion creating a hierarchy among workers (competitive status seniority). In France, the former of these two roles is by far the more important, both in law and in collective agreements. The two systems have also taken different approaches to calculating seniority, which raises questions as to its foundations. In North America, the legal foundations of seniority have been discussed in jurisprudence and in doctrine with reference to collective agreements, today the main pillar of the seniority concept. There are two opposing theories in this regard: the inherency theory, whereby rights relating to seniority exist outside the collective agreement, and the contractual basis theory, whereby seniority is a creation of the collective agreement. The latter approach has been applied by the courts in both Canada and the United States. In France, the dominant theory considers that seniority is based on the performance over time of the obligations under the individual contract of employment. Thus there is "effective" job seniority, which measures the performance over time of work, and seniority arising from the contractual bond, based on the length of the employment relationship. A minority approach, inspired by German labour relations doctrine, defines seniority as the length of time the employee has been with the enterprise, considered the central institution in the employment relationship.

These dominant theories do not clearly establish the legal nature of seniority in labour law, at least when all its different manifestations are considered. This is the subject of the second part of this paper.

Recognition of the employee's seniority is not limited to unionized institutions, and predates the institutionalization of collective bargaining. Employee seniority has long been a subjective criterion used by the courts in France and Quebec. In civil law, it is an aspect of theories that consider the employer's right to unilaterally terminate a work contract a relative right, subject to some control by the courts: the theory of reasonable notice, in Canada, and the theory of abuse of rights, in France. Another example of this use of seniority is the way in which the employee's seniority is seen as a criterion for attenuating discipline, in Canada, and as a mitigating factor in cases of serious fault and minor disciplinary infractions, in France. In Quebec, there have been debates in arbitral jurisprudence, before the regular courts and in doctrine, with regard to the use of seniority as a criterion for determining whether the economic grounds cited in support of

terminating the employment relationship are the true cause of an employee being laid off, or whether it is simply a disguised dismissal. Seniority is then considered a determining factor in the criteria used by the employer in selecting which workers' positions are to be eliminated. Judges who use seniority in this way do not define the concept in detail, but refer to the usual criterion, the length of the employment relationship between the worker and employer, without taking into account any interruptions in the performance of work. Seniority then becomes a social value integrated into legal interpretation.

The labour legislation of both the legal systems in question also makes seniority a condition for the acquisition of rights. In addition, in Quebec, it is interpreted by grievance arbitrators when the collective agreement bases entitlement to benefits on a vague definition of seniority. In these cases, seniority is a means of measuring the performance over time of the obligations of the employment relationship between an employer and employee. The individual contractual basis approach appears dominant, in both individual and collective work relationships, where the practices of different jurisdictions in the labour field point to the existence of a form of "common seniority law" founded on the performance over time of the obligations of the individual work relationship and the length of the relationship with the *employer* rather than the length of time an employee has belonged to a bargaining unit. In some cases, the use of the concept of the enterprise means that the employee's seniority is maintained even if the enterprise changes hands.

In both France and Quebec, seniority is connected to the individual characteristics of the employment relationship. The dual nature of work relations, attached in part to the contract of employment and in part to the enterprise/institution, appears to determine the legal nature of seniority in labour law. Recognition of seniority based on the length of the individual employment relationship does not take away the recognition of rights attached to seniority. Consequently, this notion of seniority is quite different from the inherency theory. The point is not to make the employee's seniority an inalienable individual right but rather to show that the calculation of seniority is related to the individual employment relationship and the implicit obligations of this relationship. Although this may be an individualistic view of seniority, it does not stem from a unilateral perspective, such as that of the inherency theory, nor from a perspective making it a right that could not be handled differently in the collective agreement. In the debate on the legal nature of seniority, there is room for an approach that recognizes both the fundamentally individualistic dimension of seniority and the role it plays in the organization of the community of employees through the collective agreement.