

## Le contrat de travail : le moment crucial, l'embauche

AOÛT 2008



**Il s'agit, en fait, du moment où l'employeur doit s'assurer de faire l'inventaire complet des questions pertinentes auxquelles le futur employé devra répondre.**

**Cet exercice, bien qu'évident en apparence, oblige l'employeur à faire un certain nombre de démarches et à s'interroger sur l'opportunité de convenir de certaines dispositions contractuelles qui sauront répondre aux impératifs de l'entreprise tout en sauvegardant les droits reconnus aux employés tant en vertu du *Code civil* que de la *Charte des droits et libertés de la personne*.**

**Cet exercice doit être complété, qu'il s'agisse de l'embauche d'un employé syndiqué, d'un employé cadre occupant une fonction de gestion dans l'entreprise ou encore d'un cadre supérieur.**



Alain Gascon  
[agascon@lavery.qc.ca](mailto:agascon@lavery.qc.ca)  
514 877-2953

en collaboration avec



Fédération des chambres  
de commerce du Québec | fccq

Essentiellement, l'employeur doit s'assurer, à l'embauche, de respecter les étapes suivantes :

1. recueillir l'information pertinente et légalement disponible en vue de s'assurer que la personne embauchée répond aux critères corporatifs;
2. analyser l'information obtenue dans le contexte spécifique de l'emploi convoité;
3. appliquer, le cas échéant, l'obtention ou encore la non-obtention de renseignements à des situations d'embauche particulières, le tout devant se faire dans le respect des lois applicables et des conventions collectives, s'il en est.

Cet exercice systématique vise deux objectifs bien particuliers :

1. la cueillette de l'information et des renseignements ci-dessus permet à l'employeur d'analyser objectivement le dossier du futur employé;
2. les différentes clauses contractuelles apparaissant au contrat sont déterminées et convenues à l'embauche, et non une fois l'employé embauché, alors que l'employeur pourrait souhaiter modifier, de façon substantielle, les conditions de travail de son employé.

L'employeur doit éviter de se placer dans la situation où, s'il avait su ou obtenu tel type d'information pertinente, il n'aurait pas procédé à l'embauche ou encore, s'il avait bien évalué ses besoins à l'embauche, il ne sentirait pas l'urgence, en cours de route, de modifier certaines conditions dont la résultante pourrait conduire à un congédiement déguisé.

### Les antécédents judiciaires

C'est à l'article 18.2 de la *Charte des droits et libertés de la personne* (la « *Charte* ») que nous retrouvons la disposition pertinente :

**« Nul ne peut congédier, refuser d'embaucher ou autrement pénaliser dans le cadre de son emploi une personne du seul fait qu'elle a été déclarée coupable d'une infraction pénale ou criminelle, si cette infraction n'a aucun lien avec l'emploi ou si cette personne en a obtenu le pardon. »**

La cueillette d'information relativement à la culpabilité, soit pénale, soit criminelle, d'un futur employé est névralgique et délicate.

À l'évidence, l'employeur veut s'assurer qu'il n'embauche que des personnes dont le profil, compte tenu des spécificités de l'entreprise, ne met pas en péril l'image de cette dernière.

Il n'existe, au sens de la *Charte*, aucune prohibition pour l'employeur de demander des renseignements dans un formulaire d'embauche, ou verbalement, sur la culpabilité d'une personne à l'égard d'une infraction pénale ou criminelle.

Toutefois, les renseignements obtenus ne peuvent servir à empêcher l'embauche d'un employé si ses déclarations de culpabilité n'ont aucun lien avec l'emploi convoité ou si cette personne en a obtenu le pardon en vertu d'une loi.

La question du lien avec l'emploi doit être évaluée dans chaque situation au mérite. Cependant, l'existence d'un pardon est une réalité légale qui empêche l'employeur d'utiliser le dossier criminel d'une personne pour refuser son embauche, même si l'infraction criminelle, à l'origine, avait un lien avec l'emploi.

L'obtention d'information relativement au dossier criminel d'un employé, bien qu'encadré par l'article 18.2 de la *Charte*, ne constitue pas un motif de discrimination au sens de cette dernière.

Ainsi, à l'embauche et sur la base des renseignements criminels obtenus, la notion d'accommodement raisonnable n'a pas sa place.

Conséquemment, et sauf en cas de pardon, l'employeur pourra refuser l'embauche si le dossier criminel ou pénal a un lien avec l'emploi sans avoir à justifier autrement sa décision.

À l'inverse, le refus d'embauche sur la base des renseignements criminels non pertinents avec l'emploi est illégal au sens de la *Charte*.

L'obtention et l'utilisation des renseignements criminels bénéficient donc d'un régime législatif spécifique ayant ses propres règles, d'où l'importance de les appliquer de façon rigoureuse : l'employeur qui s'y soustrait peut en subir de lourdes conséquences.



Bien qu'on puisse concevoir que tout employeur mis au fait d'une condamnation criminelle refuse, par pur réflexe, l'embauche d'un employé ou le congédie, il s'agit là de l'exemple typique d'une démarche incomplète, incorrecte et illégale.

Même si à première vue l'application de ces principes apparaît relativement simple, les tribunaux supérieurs, dont la Cour d'appel du Québec et la Cour suprême du Canada, ont eu à trancher des litiges précisément sur ces questions.

Récemment encore à la Cour d'appel, soit le 29 mai 2008, un employeur qui refusait la reconduction d'un contrat de travail au seul motif qu'il venait d'apprendre l'existence d'un dossier criminel (déclaration de culpabilité d'homicide involontaire) a vu sa décision annulée par les tribunaux puisque dans les faits, la seule existence du dossier criminel avait amené l'employeur à refuser l'embauche ou la non-reconduction du contrat de travail.

Il suffisait à l'employeur de démontrer que le dossier criminel en question était incompatible avec l'emploi convoité pour justifier sa décision de procéder comme il l'avait fait. À défaut par les tribunaux d'avoir cette démonstration, l'annulation de la décision s'imposait alors.

À l'inverse, l'employeur qui refuse l'embauche d'un futur employé ou procède au congédiement d'un employé en raison du fait qu'il est incarcéré pour une période prolongée peut justifier sa décision en démontrant que la période d'incarcération rend l'employé non disponible pour le travail.

Dans cet exemple analysé par la Cour suprême du Canada, ce n'est pas tant la déclaration de culpabilité qui doit être considérée, mais plutôt l'obligation pour l'employeur de fournir une prestation de travail qu'il n'est pas en mesure de respecter en raison de son incarcération.

Un tel raisonnement à l'égard d'une incarcération de longue durée justifie la décision de l'employeur; cependant, dans le cas d'une courte période d'incarcération, les tribunaux seraient réticents à considérer que le véritable motif est la non-disponibilité de l'employé. Ils concluraient probablement qu'il s'agit là d'un simple prétexte et que le réel motif est basé sur la déclaration de culpabilité elle-même.

La Cour suprême énonçait clairement le principe suivant : « l'employeur bénéficie de la présomption absolue qu'il a le droit de refuser d'embaucher ou d'imposer ainsi une mesure à l'employé qui a commis une infraction ayant un lien avec son emploi si l'employé n'en a pas obtenu un pardon. En revanche, c'est le seul motif qu'il peut invoquer ».

Avant de procéder à l'embauche, l'employeur qui prend connaissance du dossier criminel ou pénal de son futur employé doit donc vérifier si ce dernier n'en a pas obtenu le pardon en vertu de la *Loi sur le casier judiciaire*.

En effet, dans un tel cas, même si l'infraction reprochée est pertinente par rapport aux exigences de l'emploi sollicité, la loi fait du pardon une fin de non-recevoir à ce que cette condamnation soit utilisée.

Il est conséquemment recommandé à tout employeur, lorsqu'il obtient de tels renseignements criminels ou pénaux d'un futur employé, de requérir de ce dernier qu'il l'informe s'il a ou non obtenu le pardon.

### Vacances par anticipation

La *Loi sur les normes du travail* prévoit, en son article 70, le principe voulant que le congé annuel d'un employé soit pris dans les douze mois qui suivent la fin de l'année de référence.

Il est une pratique courante chez les employeurs d'accorder à leurs employés des vacances par anticipation pendant l'année de référence et ce, dès la première année d'emploi.

Toutefois, cette pratique ne devrait avoir cours que dans la mesure où l'octroi de vacances par anticipation découle d'une demande du salarié. Ainsi, l'employeur devrait, à l'embauche préférablement, obtenir par écrit de son futur employé une demande ou une déclaration où il demande expressément que ses vacances puissent être prises par anticipation. Si l'employeur n'est pas en mesure de démontrer que cette pratique résulte de la demande du salarié, les vacances devront être payées une seconde fois de façon à respecter les dispositions de la loi. Cette situation résulte d'un récent jugement de la Cour du Québec, qui sera entendu sous peu par la Cour d'appel du Québec.

### Période de probation

En milieu syndiqué, l'employeur doit généralement assujettir ses futurs employés à une période de probation au cours de laquelle il évalue leur prestation de travail.

Bien que ces périodes soient souvent calculées en temps travaillé, s'il est confronté à l'absence d'un salarié sous probation pour un motif visé à la *Charte*, tel que le congé de maternité, un handicap, etc., l'employeur doit alors convenir, avec le syndicat, de mesures d'accommodement pour ne pas pénaliser l'employé qui ne pourrait, pour ce motif, compléter sa période de probation à l'intérieur du délai imparti de la convention collective.

En l'absence d'entente entre l'employeur et le syndicat quant à l'accommodement alors applicable, l'employeur ne pourra pas utiliser le délai de la période de probation prévu suivant la convention collective, cette clause étant réputée discriminatoire au sens de la *Charte*.

Évidemment, l'accommodement recherché ne doit pas entraîner de contraintes excessives.

À noter que ces principes trouvent application en contexte non syndiqué lorsqu'une période de probation est convenue à l'embauche : l'accommodement raisonnable devra alors être déterminé de concert, entre l'employeur et l'employé se trouvant dans l'impossibilité de compléter sa période de probation de manière continue.

### Clause de non-concurrence et de non-sollicitation – Contrat à durée déterminée et à durée indéterminée

Trop souvent les employeurs, après qu'ils aient procédé à l'embauche d'un employé, s'interrogent sur l'opportunité de modifier leur contrat de travail à durée indéterminée en contrat à durée déterminée. D'autres encore se questionnent, une fois l'embauche faite, sur la pertinence et la possibilité d'intégrer au contrat de travail de leurs employés des dispositions concernant la non-concurrence et la non-sollicitation de clientèle.

La détermination du type et des caractéristiques d'un contrat est primordiale et doit avoir fait l'objet d'une réflexion préalable.

En effet, la modification substantielle de l'une ou l'autre des conditions de travail octroyées à l'employé pourrait constituer un congédiement déguisé et ouvrir la porte à des recours à l'encontre de l'employeur.

Comme le démontrent les illustrations précédentes, un employeur prudent saisira l'opportunité d'effectuer toutes les vérifications utiles à l'égard des personnes postulant pour un emploi dans son organisation afin de s'assurer qu'elles répondent aux exigences du poste et au profil de celle-ci. Et ce, dès le premier jour, mais aussi pour éviter les mauvaises surprises en cours de route.

Alain Gascon  
[agascon@lavery.qc.ca](mailto:agascon@lavery.qc.ca)  
514 877-2953



Lavery, de Billy S.E.N.C.R.L. est membre du World Services Group, un réseau international d'entreprises de services, dont des cabinets d'avocats oeuvrant dans plus de 135 pays.

MONTRÉAL 514 871-1522 • QUÉBEC 418 688-5000 • LAVAL 450 978-8100 • OTTAWA 613 594-4936

[www.laverydebilly.com](http://www.laverydebilly.com)



LAVERY, DE BILLY

AVOCATS