

Conférence Lavery, présentée le 30 octobre 2013

L'embauche : les questions que se pose celui qui normalement en pose!

par Me Josiane L'Heureux, associée
et Me Zeineb Mellouli

Parlons chiffres!

- ▶ Environ 22 % des candidats à un poste ont déjà falsifié un renseignement sur leur curriculum vitae selon une étude menée par Garda;
- ▶ Environ 30 % des échecs d'affaires seraient directement attribuables à une mauvaise décision d'embauche;
- ▶ Environ 70 % des litiges liés à une mauvaise décision d'embauche se concluraient au détriment de l'employeur;



- ▶ Tout débute par la communication et l'affichage d'une offre d'emploi. La vôtre est-elle conforme?
 - > L'affichage de votre offre d'emploi ne doit contenir aucune distinction, exclusion ou préférence fondée sur l'article 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne* (« *Charte* »);
 - ▶ Exemple: critères quant à la langue;
 - > Cette offre doit être complète, claire et liée à vos besoins;

- ▶ Votre offre d'emploi est conforme, mais votre processus de sélection l'est-il également?
 - > La bonne foi se présume, mais elle se vérifie également: prenez le temps de mettre en place un processus de sélection conforme aux droits protégés par la *Charte* et aux bonnes pratiques!
 - > Tout comme l'affichage de votre offre d'emploi, le processus de sélection, et ultimement l'embauche, doivent être exempts de discrimination.

- ▶ La collecte de renseignements personnels est balisée par certaines protections conférées par la *Charte*, dont:
 - > 1) Le droit au respect de la vie privée du candidat;
 - > 2) Le droit à l'égalité = droit à un processus d'embauche exempt de discrimination;

- ▶ L'employeur a le droit de constituer un dossier sur un candidat, mais cet exercice doit être pondéré à la lumière de la pertinence et la nécessité des renseignements colligés:
 - > Article 37 du *Code civil du Québec*:
 - ▶ « Toute personne qui constitue un dossier sur une autre personne doit avoir un **intérêt sérieux** pour le faire. Elle ne peut recueillir que les **renseignements pertinents** à l'objet déclaré du dossier [...] ».
 - > Article 5 de la *Charte*:
 - ▶ « Toute personne a droit au respect de sa vie privée ».

- ▶ Dès l'étude des candidatures, un employeur est autorisé à recueillir les renseignements personnels qui lui permettent d'évaluer si un candidat possède les aptitudes et les qualifications requises par l'emploi:
 - > Exemples:
 - ▶ la formation académique ou pratique;
 - ▶ les expériences de travail;
 - ▶ les qualifications, aptitudes professionnelles et personnelles.



- ▶ Voici des exemples:
 - > numéro d'assurance sociale;
 - > date de naissance;
 - > nom de l'institution financière;
 - > numéro de compte bancaire;
 - > photo;
 - > spécimen de chèque, etc.;
- ▶ Ces renseignements peuvent toutefois devenir nécessaires à l'étape de l'embauche du candidat (conformité aux lois fiscales, gestion de la paie, assurance collective), etc.

- ▶ Certaines informations peuvent être obtenues sur internet sans le consentement du candidat:
 - > Lorsque les informations sont accessibles à l'ensemble du public.
- ▶ Certaines informations requièrent le consentement du candidat. À titre d'exemples:
 - > La vérification des références;
 - > La vérification de crédit;



Les médias sociaux: un outil de vérification?



facebook

Pinterest

twitter

tumblr.

Linked in



Instagram

You Tube

- ▶ Si le profil est public, alors il n'y a aucune contrainte;
- ▶ Si le profil est privé, on ne peut le consulter :
 - > Attention: la collecte de l'information doit être à tout le moins légale (ex : pas de fraude en créant un faux compte pour aller voir sur le profil d'un candidat);
 - > Attention: l'employeur ne devrait recueillir que les renseignements personnels nécessaires au recrutement;
 - > Les renseignements obtenus doivent être probants et, le cas échéant, le refus de la candidature non discriminatoire.

- ▶ La seule obligation d'un ancien employeur est celle de remettre un certificat de travail, au sens des articles 84 de la *Loi sur les normes du travail* et 2096 du *Code civil du Québec*:
 - > Le certificat de travail ne devrait contenir que la nature et la durée de l'emploi;
- ▶ Aucune obligation légale de fournir des références ou des renseignements à un futur employeur.

- ▶ Dans l'éventualité où le candidat produit des références, il doit fournir un consentement écrit et manifeste donnant droit à l'ex-employeur et/ou à l'employeur potentiel de donner et d'obtenir les renseignements;
- ▶ Le consentement peut se retrouver dans le formulaire d'embauche;
- ▶ À défaut, un consentement peut être signé lors de l'entrevue;
- ▶ La cueillette devrait porter sur des renseignements pertinents visant l'évaluation de la candidature.

- ▶ Est-ce que je peux procéder à des vérifications de crédit du candidat et rendre l'offre d'embauche conditionnelle à cette vérification?
- ▶ Exemples:
 - > Les employés d'une institution financière;
 - > Les employés de Loto-Québec.



- ▶ Quelles questions puis-je poser dans mon formulaire d'embauche ou dans le cadre d'une entrevue d'emploi sans enfreindre les droits protégés par la *Charte*?



- ▶ 18.1. Nul ne peut, dans un formulaire de demande d'emploi ou lors d'une entrevue relative à un emploi, requérir d'une personne des renseignements sur les motifs visés dans l'article 10, sauf si ces renseignements sont utiles à l'application de l'article 20 ou à l'application d'un programme d'accès à l'égalité existant au moment de la demande.

- ▶ **10.** Toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap.

- ▶ La notion de discrimination est définie en ces termes par la Cour suprême :
 - > « [...] une distinction, **intentionnelle ou non**, mais fondée sur des motifs relatifs à **des caractéristiques personnelles** d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société. Les distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles attribuées à un seul individu en raison de son association avec un groupe sont presque toujours taxées de discriminatoires, **alors que celles fondées sur les mérites et capacités d'un individu le sont rarement.** »
 - > *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143;

Entrevue ou formulaire de demande d'emploi: Questions à éviter!

MOTIF	QUESTIONS CONFORMES À LA CHARTE	QUESTIONS À ÉVITER
Grossesse	Aucune	Êtes-vous présentement enceinte? Avez-vous l'intention d'avoir des enfants?
Orientation sexuelle	Aucune	Quelle est votre orientation sexuelle?
Race/couleur	Aucune	Demande de joindre une photo à la demande d'emploi. Demande de précision reliée à la race ou la couleur.

MOTIF	QUESTIONS CONFORMES À LA CHARTE	QUESTIONS À ÉVITER
Convictions politiques	Aucune, à moins que l'emploi le requiert objectivement	Quelle est votre affiliation politique? Êtes-vous impliqué dans des activités politiques?
État civil	Pourrez-vous travailler pendant le nombre d'heures requises? Voyager? Faire des heures supplémentaires?	Êtes-vous célibataire, marié, séparé, divorcé etc.? Nom et occupation du conjoint€
Âge	Aucune, à moins que la loi fixe un âge minimal pour occuper l'emploi	Quelle est votre date de naissance? Demande de joindre un certificat de naissance à la demande d'emploi.

MOTIF	QUESTIONS CONFORMES À LA CHARTE	QUESTIONS À ÉVITER
Handicap	Est-ce que quelque chose pourrait vous limiter dans votre capacité d'exercer les fonctions du poste?	Buvez-vous de l'alcool? Consommez-vous de la drogue? Avez-vous déjà reçu des soins psychiatriques? Avez-vous déjà été indemnisé pour un accident de travail?
Langue	On peut demander aux candidats s'ils peuvent comprendre/parler/lire/écrire la/les langue(s) requises.	Quelle est votre langue maternelle? Lieu d'acquisition des connaissances linguistiques?
Origine ethnique ou nationale	Êtes-vous légalement autorisé à travailler au Canada?	Êtes-vous né au Canada? Preuve de citoyenneté ou statut de résident permanent. Numéro d'assurance sociale.

- ▶ La preuve que des questions sont posées lors d'un entretien d'embauche sur les motifs énumérés à l'article 10 de la *Charte* suffit à prouver une atteinte au droit protégé à l'article 18.1 de la *Charte*;
- ▶ Toutefois, l'employeur peut poser ces questions dans la mesure où:
 - > De telles informations sont nécessaires pour évaluer une aptitude ou une qualité requise; ou

- > lorsque de telles informations s'avèrent utiles à l'application d'un programme d'accès à l'égalité existant au moment de la demande. Ces questions seront réputées non discriminatoires;

- ▶ L'affaire *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Systématix Technologies de l'information inc.*, 2010 QCTDP 18;
 - > Dans cette affaire, le Tribunal a condamné un employeur a versé à un candidat 7 500 \$ en dommages moraux pour avoir uniquement posé des questions sur la religion du demandeur d'emploi;

- ▶ Est-ce que je peux refuser d'embaucher un candidat reconnu coupable d'une infraction ?



- ▶ Article 18.2 de la *Charte*: « 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. »
- > Ainsi on peut refuser d'embaucher un candidat reconnu coupable d'une infraction pénale ou criminelle dans la mesure où :
 - ▶ l'infraction a un lien avec les fonctions; ou
 - ▶ l'infraction porte atteinte à la réputation de l'entreprise;

- > Le lien entre les fonctions et la nature de l'infraction s'évalue suivant différents éléments :
 - ▶ poste occupé, nature de l'entreprise, type de clientèle, nature de l'infraction, préjudice réel ou appréhendé.

- ▶ Exemples d'infractions qui ont été considérées comme étant **EN LIEN** avec l'emploi:
 - > Une condamnation pour trafic de drogues est en lien avec un poste d'instituteur dans une école fréquentée par des mineurs
 - ▶ *Commission scolaire crie c. Flynn*, 2009 QCCS 4359
 - > Une condamnation pour incitation à la sexualité impliquant un mineur et pour possession de drogue en vue d'en faire le trafic est en lien avec un emploi de conducteur d'autobus scolaire
 - ▶ *Autobus Transbel inc. et Syndicat de salarié-e-s de Transbell (CSN)*, 2009 CanLII 9767 (QC SAT)

- ▶ Exemples d'infractions qui ne sont PAS EN LIEN avec l'emploi:
 - > Avoir été reconnu coupable de voies de fait avec lésions n'est pas en lien avec le fait de fournir des services de pastorale dans un établissement de réinsertion sociale.
 - ▶ *Apestéguy et Québec (Ministère de la Sécurité publique)*, 2012 QCCRT 0083
 - > Une condamnation pour conduite avec les facultés affaiblies causant la mort n'est pas en lien avec la profession d'enseignante.
 - ▶ *G.G. c. Québec (Éducation, loisir et sport)*, 2011 QCTAQ 04466

- ▶ Une personne accusée, mais qui n'a pas encore été déclarée coupable bénéficie-t-elle de cette protection?
 - > Controverse jurisprudentielle sur le sujet :
 - ▶ La personne accusée est protégée sous 18.2 de la *Charte*;
 - ▶ L'article 18.2 s'applique uniquement aux personnes reconnues coupables;

- ▶ L'employeur peut exiger un examen médical au stade de la sélection, notamment pour les fins suivantes:
 - > Dans le but d'évaluer une candidature et s'assurer que le candidat peut répondre aux exigences liées à l'emploi;
 - > Ultimement, afin de respecter son obligation d'assurer la sécurité de ses employés; (Art. 51 de la *Loi sur la santé et la sécurité du travail* et 2087 du *Code civil du Québec*);

- ▶ Dans l'éventualité où l'employeur exige un examen médical, celui-ci doit être en mesure de démontrer :
 - > que les renseignements requis sur l'état de santé du candidat réfèrent à des qualités ou aptitudes requises pour l'emploi convoité et les tâches qui y sont reliées.
 - ▶ Attention, les exigences doivent être raisonnables et avoir un lien rationnel avec le poste convoité.
- ▶ Obtenir le consentement écrit du candidat est nécessaire pour l'obtention des renseignements médicaux par l'employeur;
 - > Selon la CDPDJ, l'examen devrait avoir lieu une fois que le candidat a reçu une offre d'emploi formelle mais conditionnelle aux résultats de l'examen médical.

- ▶ Avant d'exiger un examen médical, l'employeur devrait avoir évalué le poste et ciblé les exigences réelles reliées aux tâches essentielles du travail;
- ▶ L'employeur devrait avoir identifié les renseignements sur la santé du candidat requis au stade de l'évaluation de la candidature;
- ▶ L'examen médical pré-embauche ne devrait pas servir l'employeur à choisir le candidat le plus en santé, ni être orienté sur l'assiduité ou les risques d'absentéisme anticipés du candidat;

- ▶ L'employeur devrait fournir au médecin désigné une description détaillée du poste de travail ou une évaluation des risques qui sont reliés à ce poste;
- ▶ L'employeur devrait circonscrire le mandat du médecin désigné à ce qui est nécessaire pour évaluer adéquatement la candidature du candidat;
- ▶ Le médecin a lui aussi un devoir de réserve quant à l'information qu'il recueille dans le cadre d'une évaluation médicale pré-embauche;

- ▶ L'employeur ne devrait pas avoir accès à des renseignements qui ne sont pas nécessaires afin d'évaluer la candidature du candidat;
- ▶ Les renseignements personnels au sujet d'un employé ne devraient être accessibles qu'aux employés qui ont la qualité pour les connaître, à condition que lesdits renseignements soient nécessaires à l'exercice de leurs fonctions.

- ▶ Si, pour des fins de conservation, le médecin désigné par l'employeur lui transmet automatiquement l'ensemble du dossier médical du candidat :
 - > Ces renseignements devraient être communiqués dans une enveloppe sous scellés à l'employeur pour les seules fins de conservation des dossiers; et
 - > Une telle mention devrait faire l'objet d'un écrit entre le médecin désigné et l'employeur.

- ▶ Est-ce que je peux refuser l'embauche d'un candidat dont l'examen médical ou les informations obtenues démontrent certains troubles psychiatriques ou, à titre d'exemple, une maladie dégénérative?

- ▶ L'article 16 de la Charte:
 - ▶ « 16. Nul ne peut exercer de discrimination dans l'embauche, l'apprentissage, la durée de la période de probation, la formation professionnelle, la promotion, la mutation, le déplacement, la mise à pied, la suspension, le renvoi ou les conditions de travail d'une personne ainsi que dans l'établissement de catégories ou de classifications d'emploi. »
- ▶ Refuser l'embauche d'une personne atteinte d'une maladie, constitue *prima facie* une mesure discriminatoire, sauf que...

- ▶ L'article 20 de la *Charte* énonce que :
 - > « Une distinction, exclusion ou préférence fondée sur les aptitudes ou qualités requises par un emploi, ou justifiée par le caractère charitable, philanthropique, religieux, politique ou éducatif d'une institution sans but lucratif ou qui est vouée exclusivement au bien-être d'un groupe ethnique est réputée non discriminatoire. »

- ▶ Article 20 de la *Charte* exige que cela soit une exigence professionnelle justifiée :
- ▶ « Une exigence professionnelle réelle doit être imposée **honnêtement**, de bonne foi et avec la conviction sincère qu'elle est imposée en vue d'assurer la bonne exécution du travail en question d'une manière raisonnablement diligente, sûre et économique et non pour des motifs inavoués ou étrangers susceptibles d'aller à l'encontre du Code. La restriction doit se rapporter objectivement à l'emploi en question et en assurer l'exécution efficace et économique sans mettre en danger l'employé ou d'autres personnes. Il est nécessaire de présenter des **éléments de preuve relativement aux tâches à accomplir et au rapport entre le vieillissement et l'exécution sûre et efficace de ces tâches, une preuve de nature statistique et médicale étant plus convaincante que les impressions de personnes expérimentées en la matière.**»
- ▶ *Commission ontarienne des droits de la personne c. Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202;

- ▶ Au stade de la sélection d'une candidature puis-je administrer des tests de dépistage de drogues et alcool?

- ▶ Les tests de dépistages au stade de la sélection ne rencontrent généralement pas les critères établis par la jurisprudence, malgré un objectif légitime de vouloir embaucher des candidats aptes;
- ▶ Les résultats d'un test ne permettent pas de prédire si la personne aura éventuellement les facultés affaiblies au travail;
- ▶ Toutefois, les tests pourraient être légaux, dans la mesure où les caractéristiques propres à l'emploi le justifient, tel qu'un poste à risque élevé;

- ▶ Dans l'éventualité où un test est effectué, l'employeur doit obtenir le consentement du candidat:
 - > Attention, nous vous rappelons que si l'on s'en remet à la position de la CDPDJ, l'examen devrait, à tout le moins, avoir lieu seulement une fois que le candidat a reçu une offre d'emploi formelle, mais conditionnelle aux résultats de dépistage;

- ▶ *Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 30 c. Pâtes & Papier Irving, Ltée, 2013 CSC 34 :*
- ▶ La Cour suprême s'est récemment prononcée sur la question de l'imposition aléatoire de tests de dépistage d'alcool dans le milieu de travail;
 - > « l'avantage que procure à l'employeur la politique de tests aléatoires de dépistage d'alcool dans ce lieu de travail dangereux est-il proportionnel à l'atteinte à la vie privée des employés qui découle de son application? »

- ▶ La dangerosité du lieu de travail ne justifie pas systématiquement l'application de tests de dépistage aléatoires;
- ▶ Une telle politique pourrait être justifiée s'il s'agit d'une réponse **proportionnée** à des préoccupations légitimes en matière de sécurité;
- ▶ Une telle politique pourrait se justifier si l'employeur était en mesure de démontrer l'existence d'indices de risques accrus pour la sécurité, tel qu'un problème généralisé d'alcoolisme ou de toxicomanie en milieu de travail.

- ▶ L'employeur peut, dans un lieu de travail dangereux :
 - > faire subir un test de dépistage à un employé lorsqu'il existe des motifs raisonnables de croire que celui-ci a les facultés affaiblies au travail;
 - > lorsque l'employé a été impliqué dans un accident ou un incident de travail; ou
 - > lorsque l'employé reprend son emploi à la suite d'un traitement pour alcoolisme ou toxicomanie.

- ▶ L'objectif du processus de sélection est d'évaluer si le candidat a les compétences et la capacité pour exercer l'emploi convoité;
- ▶ Lorsque le candidat ne rencontre pas les exigences du poste, la candidature devrait être refusée:
 - > Attention, il reviendra à l'employeur de faire la démonstration que la norme de travail est une exigence professionnelle justifiée;
 - > Attention, il reviendra à l'employeur de démontrer que le candidat ne rencontre pas l'exigence professionnelle justifiée;
 - > Attention, dans le mesure où le candidat postule sur d'autres postes en entreprise qu'il ne possède pas les exigences pour obtenir l'emploi, un éventuel refus de ce candidat pourrait bien lui servir!

- ▶ **Mon employé m'a menti à son embauche...avoir su!**



- ▶ Une fausse déclaration n'entraîne pas automatiquement le congédiement;
- ▶ Les critères à évaluer (non-cumulatifs) sont:
 - > 1) l'objet de la fausse déclaration;
 - > 2) la relation entre les renseignements omis et l'emploi du salarié;
 - > 3) l'effet de la fausse déclaration sur le consentement de l'employeur;
 - > 4) le caractère volontaire de la fausse déclaration.

- ▶ *Syndicat des infirmières, inhalothérapeutes, infirmières auxiliaires du Cœur du Québec (SIIIACQ) c. Centre hospitalier régional de Trois-Rivières, 2012 QCCA 1867 (C.A.)*
 - > Le salarié a fait face à des problèmes de dépression et de dépendance à l'alcool et au jeu;
 - > Il postule pour un poste d'infirmier-auxiliaire au CHRTR;
 - > Lorsqu'il complète le questionnaire médical pré-embauche, il omet de répondre à toute question reliée à ses antécédents psychiatriques;

- ▶ *Syndicat des infirmières (suite)* :
 - > Éventuellement, le salarié est mis en arrêt de travail pour subir des examens concernant une entérite chronique.
 - > Le salarié subit une évaluation médicale, et le médecin obtient le dossier médical psychiatrique du salarié qui révèle des antécédents de dépression et de troubles de l'adaptation avec humeur dépressive pour lesquels le salarié avait pris de la médication avant février 2005;

- ▶ *Syndicat des infirmières (suite) :*
 - > Au moment où le salarié a postulé à l'emploi d'infirmier-auxiliaire, il était en sevrage de sa médication;
 - > Le médecin émet l'avis que le salarié présente un risque important d'absentéisme et qu'il n'était pas « médicalement stable » lors de son embauche;
 - > L'employeur congédie le salarié pour fausses déclarations.

Syndicat des infirmières (suite) :

- ▶ « [...] le droit de l'employeur d'obtenir des informations du postulant doit être modulé en fonction de l'emploi convoité et des tâches à accomplir. »
- > L'employeur a réussi à établir qu'il y avait une relation directe entre les questions posées et le poste recherché;
- > Faute d'avoir des réponses véridiques aux questions posées au salarié, l'employeur ne pouvait procéder à l'évaluation adéquate des aptitudes de celui-ci.

- ▶ L'employeur qui est un établissement de santé peut poser des questions sur l'état de santé dans son formulaire d'embauche et la personne qui sollicite l'emploi a l'obligation d'y répondre honnêtement. Le fait de répondre faussement à un questionnaire d'embauche peut disqualifier la personne du processus.
 - > *A.P. c. Y.R.*, 2012 QCCQ 9732

- ▶ Le fait de faire des fausses déclarations quant à ses antécédents psychologiques vicie le caractère éclairé du consentement donné par l'employeur lors de l'embauche (policier).
 - > *Association des policières et policiers provinciaux du Québec c. Provençal*, 2012 QCCS 4754

- ▶ Le fait de mentir quant aux antécédents judiciaires en lien avec l'emploi demandé est un motif raisonnable pour résilier le contrat d'embauche (enseignante).
 - > *Commission scolaire crie c. Flynn*, 2009 QCCS 4359

- ▶ 1) Si possible procéder en duo aux entrevues de sélection;
- ▶ 2) Préparer vos questions d'entrevue à l'avance;
- ▶ 3) Évaluez vos besoins à l'avance;
- ▶ 4) Prenez votre temps : faites vos vérifications;
- ▶ 5) Revoyez vos formulaires d'embauche;
- ▶ 6) Ayez une description juste des fonctions, tâches et exigences reliées aux emplois de votre organisation;

- ▶ 7) Confinez vos mandats à un médecin par écrit;
- ▶ 8) Soyez prêts à vivre avec les réponses que l'on vous donne...
- ▶ 9) Restez à l'affût de certains signes révélateurs en cours d'emploi...
- ▶ 10) Conservez tous renseignements pertinents dans votre dossier d'employé!

Des questions?



Montréal

Bureau 4000
1, Place Ville Marie
Montréal (Québec) H3B 4M4
Téléphone : 514 871-1522
Télécopieur : 514 871-8977

Québec

Bureau 500
925, Grande-Allée Ouest
Québec (Québec) G1S 1C1
Téléphone : 418 688-5000
Télécopieur : 418 688-3458

Ottawa

Bureau 1810
360, rue Albert
Ottawa (Ontario) K1R 7X7
Téléphone : 613 594-4936
Télécopieur : 613 594-8783

LAVERY.CA

*** Droits de reproduction réservés

Toute utilisation de ce texte est interdite sans le consentement de Lavery, de Billy. Les textes ne constituent pas une opinion juridique. Les lecteurs ne devraient pas agir sur la seule foi des informations qui y sont contenues.