



## LA GESTION DES RESSOURCES HUMAINES SOUS L'ANGLE JURIDIQUE AU CANADA



**Jean-Claude Bernatchez, Ph. D.,**  
Professeur titulaire, Relations industrielles,  
Université du Québec « Trois-Rivières »

### INTRODUCTION

La gestion des ressources humaines peut favoriser l'émergence ou l'élimination des griefs à la source. En contexte syndicalisé, le nouvel employé adhère habituellement au syndicat dès son entrée. Par la suite, il pourra monter dans l'entreprise lorsque de nouveaux postes seront accessibles ou que des postes en place deviendront vacants. Dans le cheminement de sa carrière, diverses situations l'inviteront à faire valoir son ancienneté. Un employé démontre des qualités sous forme

de connaissances, d'intérêts et d'aptitudes. Ces qualités doivent s'ajuster avec les exigences de l'emploi présent ou futur. Le processus inverse est aussi observable dans une moindre mesure: les exigences d'un emploi sont modifiées pour convenir aux capacités d'un employé. C'est le cas lorsqu'une tâche est adaptée à la condition de santé de son titulaire. Faire carrière implique de conserver un état de santé acceptable. L'employé partage cet objectif naturel avec son employeur. De plus, l'employé a besoin de plus que du salaire. Certes, il a besoin de considération, mais il a aussi besoin d'un programme d'avantages sociaux pour lui permettre d'obtenir une certaine sécurité si le travail venait éventuellement à manquer. Cet article présente les décisions essentielles des tribunaux relativement aux thématiques de gestion des ressources humaines en contexte canadien.

## 1 LA PÉRIODE DE PROBATION

La période de probation est distincte de la période d'essai<sup>1</sup>. La période de probation concerne le nouvel employé qui n'a pas encore atteint le stade d'acquisition de l'emploi régulier ou permanent. C'est en début de période probatoire que le lien d'emploi s'établit du simple fait de recevoir un salaire en retour d'une prestation déterminée de travail. Pour l'employé, il s'agit d'une période de familiarisation avec son nouvel emploi et l'organisation. Le même principe de sensibilisation vaut aussi pour l'employeur, ce dernier bénéficie de la période probatoire pour décider s'il conserve ou non le nouveau salarié à son emploi. La période probatoire se calcule fréquemment en jours ouvrables. Si tel est le cas, toute absence aura généralement pour effet de prolonger la période probatoire d'autant de jours. Un recours d'un salarié, à l'encontre d'une décision patronale, est parfois possible pendant une période probatoire. Toutefois, il est largement déterminé par le contenu de la convention relativement à la période de probation.

### Types de recours

Les recours du salarié en phase probatoire sont de deux ordres:

- le recours en emploi (excluant la fin d'emploi),
- le recours suite à une fin d'emploi.

---

<sup>1</sup> *Association de l'enseignement du Nouveau-Brunswick c. Commission scolaire de Kativik*, D.T.E. 97T 1365, REJB 1997-03076 (C.A.).

## **Le recours en emploi**

S'il existe, le recours en emploi est inscrit dans la convention collective. Il autorise alors le salarié à formuler un grief lors de sa probation, généralement sur tout autre sujet qu'un bris de contrat ou sur toute autre matière qu'un congédiement. Dans le cas d'un recours en emploi, les recours autorisés concernent surtout des matières ne touchant pas le lien d'emploi comme la détermination du salaire du nouvel employé. Certaines conventions comportent une disposition du type "*le salarié peut déposer un grief durant sa période probatoire sauf en cas de congédiement*"<sup>2</sup>. Dans l'ensemble, les griefs déposés par un employé en probation sont rarissimes, et ce pour des raisons évidentes. Les possibilités que l'employé fasse un grief pendant sa période probatoire sont faibles parce que l'intérêt personnel du nouvel employé n'est manifestement pas, à ce stade de sa carrière, d'indisposer son employeur.

## **Le recours suite à une fin d'emploi**

Le recours suite à une fin d'emploi est prévu dans certaines conventions collectives. Ce recours s'exerce alors que le salarié n'a pas encore complété sa période probatoire. Un tel recours revêt un caractère exceptionnel compte tenu que l'employé n'en est qu'au début de sa carrière chez son nouvel employeur. Le recours, suite à une fin d'emploi de l'employé en probation, est généralement lié à des conditions spécifiques telles qu'une preuve de parti pris ou de l'inconséquence dans les motifs patronaux de terminaison de l'emploi.

## **Droits discrétionnaires de l'employeur**

Les droits patronaux discrétionnaires sont plus élevés au moment où l'employé traverse sa période probatoire. Ces droits sont différents lorsque l'employé a obtenu un emploi stable ou permanent. Dès lors, ils doivent tenir compte des droits que la convention collective accorde aux salariés réguliers ou permanents. La relation employeur-employé est alors soumise à une certaine stabilité relationnelle. De manière générale, les prérogatives d'un employeur s'assimilent à celles d'un

---

<sup>2</sup> *Hydro-Québec et Syndicat des employés de métier d'Hydro-Québec, section locale 1500*, F. Hamelin, arbitre, T.A.90-02831, 1990-0703.

entrepreneur<sup>3</sup>. Une telle conception associe la convention collective à un contrat ordinaire. La doctrine Laskin<sup>4</sup> a fait évoluer cette conception passéiste au tournant des années "60 :

*« ... it is a very superficial generalization to contend that a collective agreement must be read as limiting an employer's precollective bargaining prerogatives only to the extent expressly stipulated. Such a generalization ignores completely the climate of employer-employee relations under a collective agreement. The change from individual to collective bargaining is a change in kind and not merely a difference in degree. The introduction of a collective bargaining regime involves the acceptance by the parties of assumptions which are entirely alien to an area of individual bargaining. Thence, an attempt to measure rights and duties in employer-employee relations by reference to precollective bargaining standards in an attempt to re-enter a world which has ceased to exist»<sup>5</sup>.*

En clair, la doctrine Laskin voit la convention collective comme un construit singulier ou particulier qui doit être conçue, interprétée et finalement appliquée en tenant compte de son caractère distinct et spécifique. Ainsi, les deux parties, employeur et syndicat, sont théoriquement sur un pied d'égalité face à la convention collective. Par conséquent, l'employeur doit en tenir compte dans l'expression de ses droits de direction. La doctrine Laskin limite en quelque sorte la portée des droits dits « résiduaire » en faisant surgir le concept de portée implicite de la convention collective<sup>6</sup>. L'approche des droits résiduaire postule que les droits de la direction ne sont limités que par des dispositions conventionnelles explicites.

Si la direction décide de se départir des services d'un employé en probation, elle peut généralement le faire, selon son bon plaisir, c'est-à-dire sans devoir justifier sa décision. Par contre, la période de probation étant franchie, la direction doit agir uniquement pour cause. Elle doit expliquer son geste et au besoin prouver que ledit congédiement est fondé. À défaut de dispositions formellement inscrites à la convention collective, un employeur possède le droit de procéder selon son jugement en ce qui concerne la gestion des périodes de probation des nouveaux employés. Ainsi, lors du congédiement d'un employé en probation, l'employeur n'a habituellement pas à prouver le bien-

---

<sup>3</sup> Morin F (2011) *L'élaboration du droit de l'emploi au Québec*, Wilson et Lafleur, Montréal, dossier no 2, « Définitions évolutives des concepts de salarié et d'employeur. Voir aussi dossier no 3 « Pouvoirs, prérogatives et devoirs de l'employeur » (p. 21 à 101).

<sup>4</sup> Le Juge Bora Laskin (912-1984) s'intéressa aux relations de travail en carrière. Il fut finalement juge en chef de la Cour suprême du Canada du 1973 à 1984.

<sup>5</sup> Falconbridge Nickel Mines, (1958) 8 L.A.C. 276, 282. La doctrine Laskin fut reprise ultérieurement à plusieurs reprises notamment par le Juge Dickson dans *Slaight Communications Inc, c. Davidson* (1981) 1 R.C.S. 1038, 1052, EYB 1989-67228.

<sup>6</sup> *Parry Sound (District), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.F.P.O., section locale 324*, (2003) R.C.S. 157.

fondé de ses critères, à moins qu'ils ne soient contraires à la convention collective, discriminatoires ou déraisonnables. Finalement, la plupart des conventions collectives interdisent formellement l'utilisation de la procédure de griefs ou limitent sa portée pendant la période dite probatoire. Le droit de déposer un grief en période probatoire est exceptionnel.

L'affaire traitée par l'arbitre Faucher est éloquentes tel que résumé par SOQUIJ :

*“La revue de la jurisprudence permet de définir en quoi consiste l'exercice déraisonnable, abusif ou arbitraire des droits de direction de l'employeur dans le contexte où il met fin à la probation d'un salarié.*

*Plusieurs facteurs peuvent être pris en considération afin de déterminer si l'employeur a utilisé ses droits de direction de manière abusive, déraisonnable ou arbitraire. Ce serait le cas, notamment, si la décision de l'employeur était grossièrement erronée, si elle était motivée par des considérations externes à l'objet ou à la finalité du contrat de travail, si elle n'était fondée sur aucun motif réel et pertinent, si elle comportait un vice sérieux à un point tel que l'on pourrait conclure à un coup monté ou s'il était démontré que l'employeur a agi avec mauvaise foi, de façon malicieuse et avec l'intention de nuire. Tel n'est pas le cas en l'espèce. L'employeur a établi que l'exécution du travail du plaignant comportait des lacunes importantes, et ce, sur le plan des connaissances, des habiletés et du jugement. De plus, il a toujours informé celui-ci des reproches qui lui étaient adressés et il lui a toujours fourni un encadrement rigoureux. Bien qu'il ait utilisé des critères subjectifs dans l'évaluation du plaignant, cette subjectivité n'a pas été utilisée de mauvaise foi. Le processus de rencontre utilisé par l'employeur ne contrevient pas non plus à l'équité procédurale. La fin de l'emploi du plaignant pendant sa probation est un droit prévu au contrat de travail qui pouvait être exercé par l'employeur”<sup>7</sup>.*

## 2 LA DOTATION DU PERSONNEL

L'acquisition des ressources humaines est une fonction de la gestion du personnel qui détermine non seulement le développement futur de la firme, mais aussi la qualité des relations du travail. Les qualifications exigibles tendent à augmenter avec le temps en fonction des contraintes des marchés et des technologies utilisées dans les milieux de travail.

---

<sup>7</sup> Association des policières et policiers provinciaux c. Sûreté du Québec, Nathalie Faucher, arbitre, T.A. 2014-0921, DTE2014-32.

## **Le contrat d'embauche**

Le contrat d'embauche est manifeste (écrit) ou tacite (non écrit). L'absence de documents d'embauche réfère à la volonté consensuelle des parties. En cas de désaccord, on choisira vraisemblablement la version la plus plausible entre celle de l'employeur et celle du salarié. En présence d'un contrat tacite, (non écrit), il faut se rapporter au comportement des deux parties l'une à l'égard de l'autre. Est-ce que le salarié a bénéficié d'une période d'essai? A-t-il reçu une rémunération?

Le contrat d'embauche doit être cohérent, c'est-à-dire conforme aux réalités du travail.<sup>8</sup> Un contrat de travail est d'abord une question de bonne foi, laquelle sert de toile de fond à l'interprétation des actions des parties. Il génère le statut de salarié. Le contrat individuel de travail ne saurait limiter la portée de la convention collective.

*« Le contrat de travail est celui par lequel une personne, le salarié, s'oblige, pour un temps limité et moyennant rémunération, à effectuer un travail sous la direction ou le contrôle d'une autre personne, l'employeur »<sup>9</sup>.*

Un contrat d'embauche ne saurait établir deux statuts inconciliables pour une même personne. Par exemple, un individu ne pourrait être à la fois salarié et entrepreneur pour un même travail dans la même entreprise<sup>10</sup>. Le statut de salarié entraîne ultérieurement la continuité du service à moins de dispositions ou de situations explicitement contraires. L'emploi saisonnier interrompt normalement le service à défaut d'une mention appropriée.

## **Déclaration écrite à l'embauche**

Les employeurs exigent parfois des déclarations écrites des nouveaux salariés. D'abord, il faut convenir d'un contrat individuel de travail qui peut inclure une déclaration réciproque. Il peut être exigé que le nouvel employé s'engage à respecter les règlements de l'entreprise. Lors de l'embauche, il est possible que l'employeur établisse un certain nombre de conditions de travail relatives à l'horaire, au titre d'emploi et au classement salarial. Les conditions d'embauche doivent

---

<sup>8</sup> Turner c. Agence des services frontaliers du Canada, 2014 TCDP 10 (CanLII), 2014-03-07 Tribunal canadien des droits de la personne, Canada (fédéral).

<sup>9</sup> Art. 2085, Code civil du Québec.

<sup>10</sup> 9154-4635 Québec inc. (Optique Telecom) et Beaudoin, Jean-Claude Bernatchez, arbitre, (T.A., 2013-10-15), SOQUIJ AZ-51010085, 2013EXPT-2048, D.T.E. 2013T-755.

s'harmoniser avec les dispositions insérées dans la convention collective. Les engagements du salarié ne peuvent alors être inférieurs au contenu conventionnel.

### **Fausse déclaration à l'embauche**

S'il y a eu fausse déclaration à l'embauche, un critère pertinent pour conserver ou couper le lien d'emploi est de se demander si l'employé eût été tout de même embauché s'il avait dit la vérité. Une autre façon de poser la question est de regarder si l'employeur a déjà embauché dans un poste comparable ou en des circonstances analogues une autre personne avec la caractéristique que le plaignant a omis de déclarer. Une fausse déclaration est punissable dans la mesure où il existe un lien avec les exigences du travail. Par exemple, un arbitre de griefs a annulé un congédiement dans la situation où le nouveau salarié avait déclaré posséder un diplôme que le poste n'exigeait pas<sup>11</sup>.

Il serait inopportun d'appuyer un congédiement sur le fait que le salarié n'a pas déclaré avoir été congédié de son emploi antérieur alors qu'on ne lui a posé aucune question sur le sujet lors de son embauche. Par ailleurs, omettre de déclarer l'existence d'un casier judiciaire lors de l'embauche constitue une faute grave, surtout si le contrat individuel prévoit une disposition sur l'existence d'antécédents judiciaires. La fausse déclaration est-elle susceptible d'invalider le lien d'emploi ou le contrat initial intervenu entre l'employeur et le salarié<sup>12</sup> ou d'entacher la qualification professionnelle du salarié comme le fait que ce dernier ne puisse satisfaire à des exigences d'appartenance corporative<sup>13</sup>. Une fausse déclaration peut être constatée ultérieurement à la période probatoire, c'est-à-dire en carrière.

*« Le plaignant a menti en déclarant dans le formulaire médical de pré-embauche qu'il n'avait aucun antécédent médical. Ses explications relatives à ses déclarations dans le formulaire médical ne sont pas crédibles et ne permettent pas d'expliquer son omission volontaire de déclarer ses antécédents médicaux. Il ne s'agit ni d'un oubli ni d'une mauvaise interprétation du formulaire, lequel n'était pas ambigu. Le plaignant a d'ailleurs admis qu'il était convaincu que l'employeur ne l'aurait pas embauché s'il avait dit la vérité. Il est établi que des problèmes aux canaux carpiens touchent de nombreux mineurs chez l'employeur, ceux-ci effectuant un travail exposant au risque de ce type de lésion. L'employeur n'aurait pas embauché le plaignant s'il avait connu ses antécédents médicaux concernant les canaux*

---

<sup>11</sup> Hôpital du Sacré-Coeur de Montréal et APTS — Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux (CPS et APTMQ), (Sherley Desronvil) (T.A.) C Turmel, arbitre, 2011-12-01, D.T.E. 2012T-49

<sup>12</sup> *Plomberie West Island Itée c Sylvestre*, C.A., Montréal, no 500-09-000906-891, 1995-01-25, D.T.E 95T-219, EYB 1995-57417.

<sup>13</sup> *Brasserie Molson c. Laurin*, D.T.E. 93T-1189 (C.S.) (désistement d'appel : C.A. Montréal, No 500-09-001860-931, 1997-10-01.

*carpiens, et ce, en raison des exigences reliées à la fonction de mineur. Dans ces circonstances, l'embauche du plaignant, découlant de fausses déclarations, est nulle »<sup>14</sup>.*

### **Profils d'exigences de postes**

Se doter d'un personnel compétent nécessite d'établir un profil d'exigences pour chaque poste ou affectation de travail. Lorsque des besoins en main-d'œuvre sont requis, il est souhaitable que les exigences soient communiquées à tous les travailleurs intéressés au moyen d'un affichage. En effet, les salariés apprécient être informés des postes disponibles afin de maximiser leurs possibilités de promotion dans l'organisation. Dans la réalisation de ses responsabilités de dotation du personnel, un employeur sera appelé à équilibrer la valeur accordée à l'ancienneté avec celle octroyée à la compétence. Les besoins de la clientèle à desservir jouent un rôle fondamental dans la détermination du profil d'exigences d'un poste<sup>15</sup>. Afin d'accroître la validité de la dotation, des employeurs font usage de divers tests d'emploi ou d'aptitudes. La notion de pertinence des critères de sélection s'infère d'un lien direct avec l'emploi à pourvoir<sup>16</sup>. Les qualifications minimales d'un poste représentent le seuil où débute un rendement adéquat.

### **Une dotation du personnel crédible et continue**

La dotation du personnel est un processus continu qui a logiquement fait l'objet d'une planification antérieure. La mobilité de la main-d'œuvre concerne spécialement les promotions, les transferts ou les rétrogradations. Un employeur dans la gestion de la mobilité de la main-d'œuvre doit, d'une part, faire des prévisions et, d'autre part, agir en fonction de ces prévisions. Par exemple, lors de la ronde de négociation de 1995-96 dans le secteur public québécois, les parties ont convenu que certains employeurs (ex: les établissements de santé) procèdent à une planification de leurs effectifs et la communiquent à l'association syndicale. L'employeur se doit de faire preuve de logique et de transparence en matière d'acquisition des ressources humaines. Retenir telle candidature plutôt que telle autre est une décision importante. Elle se doit d'être perçue comme étant crédible par l'ensemble des employés, qu'ils soient ou non candidats au poste affiché.

---

<sup>14</sup> Syndicat des métallos, section locale 4796 c. Mines d'or Wesdome ltée, T.A. J.G. Clément, arbitre, DTE2013-529, résumé SOQUIJ.

<sup>15</sup> Produits forestiers Domtar, opération forestière de Lebel sur Quévillon et Syndicat des travailleurs forestiers de Lebel sur Quévillon, A. Sylvestre, arbitre, 1995-04-28, D.T.E. 95T 144.

<sup>16</sup> -Direct (publications) inc., et Syndicat des employées et employés professionnels de bureau, section locale 57, D. Nadeau, arbitre, T.A. 95-01840, 1995-03-02, D.T.E. 95T 549.

## 1.1 MESURE DES EXIGENCES

La gestion des exigences du poste implique que lesdites exigences soient réalistes, non abusives et non discriminatoires<sup>17</sup>. Il faut donc les mesurer objectivement en fonction de critères préalablement déterminés. L'ensemble des exigences requises pour divers postes de travail peut être lié aux aptitudes, aux intérêts et aux connaissances. En matière de gestion des exigences de poste, le contenu du contrat collectif est un élément fondamental quel que soit le contexte en cause.

### Valeur de la mesure des exigences

En sélection des ressources humaines, la mesure des exigences soulève une vive controverse. Il est donc opportun que l'employeur, en cette matière, puisse démontrer la précision, l'équité et la justesse de sa décision. Par exemple, un employé antérieurement victime d'un accident du travail s'était vu refuser un poste parce que sa condition physique était incompatible avec 10% des tâches d'un poste qu'il convoitait. En principe, on peut s'attendre dans ces circonstances qu'un employeur puisse accommoder l'employé, spécialement si la proportion de travail à adapter est minime. Par contre l'employeur a fait valoir qu'il ne pouvait accommoder le plaignant en s'appuyant sur une description réaliste des activités de travail accompagnées de leurs exigences respectives. La plainte fut rejetée sur preuve que la décision était fondée sur des éléments rationnels et en relation avec la nature du poste.<sup>18</sup> A contrario, la même décision prise sur des critères subjectifs ou difficilement mesurables aurait favorisé le résultat inverse. Par conséquent, la mesure des exigences requises doit être la plus valide possible. Les outils de sélection sont davantage crédibles s'ils ont fait l'objet d'une pratique antérieure connue du syndicat et non contestée. Dans tous les cas, le recours à des outils validés apparaît nécessaire lorsqu'il s'agit de mesurer des compétences subjectives comme le leadership<sup>19</sup>.

### Exigences issues de la nature du poste

Des exigences raisonnables s'appuient sur une réalité tangible du travail ou sur la nature du poste. L'ancienneté et la compétence personnelle jouent un rôle variable selon les postes concernés. La

---

<sup>17</sup> *Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 2051 c. Tremblay*, C.A., Québec, no 200-09-000346-939, 1993-11-04, DTE 93T-1299, EYB 1993-64201.

<sup>18</sup> *Sidbec Dosco et Métallurgistes unis d'Amérique, section locale 6586, V. Larouche*, arbitre, T.A. 90-00335, 1990-01-18, 90T451

<sup>19</sup> *Caisse populaire de Rimouski c. Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 2173*, N. Cliche, arbitre, T.A.90-00014, 90T 479.

règle veut que les exigences posées à des fins de sélection du personnel soient issues d'une description du poste conforme au travail. Parmi ceux qui satisfont aux dites exigences, on choisit normalement la personne ayant le plus d'ancienneté. Dans tous les cas, la décision de sélection doit être empreinte d'un souci d'équité et dépourvue de discrimination ou d'arbitraire. Plus une décision touchant l'emploi du salarié est prise en démontrant que la personne choisie possède, de par sa fonction, une connaissance immédiate des composantes du poste, plus ladite décision est valide. Dans l'appréciation de plusieurs candidats pour un poste, plus on évalue les salariés à partir d'une situation qui représente la réalité du poste à pourvoir, meilleure est la validité de la sélection. La jurisprudence confirme le droit de l'employeur de faire subir des tests à ses employés; cependant, il faut que ces épreuves servent à vérifier que les employés satisfont aux exigences établies par la convention et non à en ajouter<sup>20</sup>. Par ailleurs, une jurisprudence fondée sur deux arrêts de la Cour d'appel, au tournant des années 80, a établi que, dès qu'un arbitre constate que les scolaires pertinentes ne sont pas remplies, le grief doit être rejeté sans qu'il soit nécessaire de déterminer si le salarié satisfait à des exigences équivalentes<sup>21</sup>.

### **Exigences physiques ou intellectuelles**

Les exigences des postes sont physiques ou intellectuelles, et parfois, les deux simultanément. Les exigences intellectuelles concernent la personnalité, les intérêts, les connaissances et l'intelligence. Les exigences physiques portent sur des éléments tels que: la taille, la dextérité manuelle, l'amplitude et la force articulaire ou la réalisation de processus techniques et spécialisés. Les exigences intellectuelles sont d'une validité plutôt faible en contexte de sélection interne, sauf en ce qui a trait aux connaissances. Par exemple, il est souvent demandé de connaître la dactylographie, le français ou l'application de logiciels de micro-informatique dans des postes de bureau. L'intelligence, la personnalité ou les intérêts sont des notions d'une application difficile puisqu'elles ne font généralement pas l'objet d'une validation dans le milieu de travail. Les exigences physiques sont d'une évaluation plus facile. Une exigence physique est habituellement acceptable si l'annuler signifiait de modifier du matériel ou de l'équipement essentiel dans le cadre du travail, modification qui s'avèrerait coûteuse. Surgit alors le concept d'emploi approprié<sup>22</sup>. Le

---

<sup>20</sup> *Sleman Unibroue inc c. Teamsters Québec, section locale 931*, T.A. François Hamelin, arbitre, 27-02-2014, DTE2014-227.

<sup>21</sup> Centre de services sociaux du Montréal métropolitain c. Rondeau, C.A. 1983-09-15, SOQUIJ AZ83149064, D.T.E. 83T773 Voir aussi : Cegelec Industrie Inc., c. Syndicat national des travailleurs en accessoires électriques (C.S.N) C.A. 1983-01-18, SOQUIJ AZ-830110141, DTE83T114.

<sup>22</sup> Gauthier et Aristide Brousseau & Fils Itée (C.L.P., 2014-07-02), 2014 QCCLP 3818, SOQUIJ AZ-51088675, 2014EXPT-1411.

même principe vaudrait si le défaut de répondre à un critère de sélection remettait en cause la sécurité du milieu de travail.

### **Exigences tenant compte du perfectionnement du salarié**

Jusqu'à ce jour, la gestion des exigences des postes a été réalisée plutôt sur la base de la relation une personne - un poste. Le fait qu'un candidat ne remplisse pas les exigences pour un poste donné ne devrait pas avoir pour effet d'éliminer ce candidat d'un autre concours pour un poste similaire dans le futur sous prétexte qu'il ne s'est pas antérieurement classé au dit concours. Le salarié pourrait avoir acquis des connaissances pertinentes entre les deux concours<sup>23</sup>. Par ailleurs, à moins de stipulations conventionnelles expresses à cet effet, un candidat n'a pas, en principe, à démontrer sa compétence pour d'autres postes que celui pour lequel il postule.

### **Exigences linguistiques**

Sur la base des principes exposés précédemment, la connaissance d'une autre langue que le français pour un poste est un critère raisonnable s'il est nécessaire d'utiliser cette langue dans le cadre du travail. La situation réelle de travail doit requérir une telle exigence par des contacts verbaux ou écrits avec une clientèle donnée. À défaut de tels contacts, la tâche doit au moins exiger de lire dans la langue exigée selon une fréquence régulière. Les réalités de l'emploi ont normalement priorité sur des principes liés à la structure organisationnelle. Par ailleurs, le fardeau de la preuve appartient à l'employeur.

*"Il incombe à l'employeur de prouver à la personne intéressée, à l'association de salariés intéressée ou le cas échéant, à l'Office de la langue française, que la connaissance de l'autre langue est nécessaire. L'Office de la langue française a compétence pour trancher le litige, le cas échéant."<sup>24</sup> (Art. 46).*

### **Obligation de motiver les exigences des postes**

L'obligation patronale de motiver ses décisions n'exclut pas les exigences des postes de travail. De manière générale, les critères patronaux doivent répondre aux conditions de base suivantes<sup>25</sup>: être

---

<sup>23</sup> *Boudreau c. Commission de la fonction publique du Québec*, juge H. Walters, C.S., 200-05-002105-893, 1990-03-12, 90T 476.

<sup>24</sup> Charte de la langue française, Chapitre C-11, Éditeur officiel du Québec, Québec, mise à jour 1<sup>er</sup> juillet 2014.

<sup>25</sup> *Syndicat des salariés de Hasbro Canada inc (C.S.D.) c. Hasbro Canada inc*, J.G. Clément, arbitre, T.A. 90-00368, 1990-01-26, 90T 378.

en relation avec la nature du poste, être objectifs et non discriminatoires. La première condition implique de bien connaître les postes de travail, la seconde implique d'utiliser des moyens adéquats de mesure et la troisième s'inscrit dans la considération des chartes de droits individuels et de leurs conséquences dans les milieux de travail.

## 1.2 L’AFFICHAGE DU POSTE

La recherche d'un équilibre entre les exigences des postes et les capacités des individus intéressés à les pourvoir est un processus continu. L'employé veut réaliser le meilleur profil de carrière dans l'entreprise en comptant spécialement sur les opportunités offertes par l'affichage des postes. Ainsi, les conventions collectives prévoient habituellement l'affichage des postes vacants. Dans le cas où l'employeur est autorisé conventionnellement à choisir le candidat le plus compétent pour un poste donné, la liberté patronale est appréciable dans l'acquisition de ses effectifs. Par contre, l'option qui oblige l'employeur à choisir le plus ancien parmi ceux qui satisfont aux exigences de l'emploi diminue la discrétion patronale précitée. Cette option est la plus fréquemment inscrite dans les conventions collectives. Quant à la règle conventionnelle du choix par ancienneté stricte, elle élimine en principe l'utilisation des mesures psychotechniques en sélection interne des ressources humaines.

En présence d'un grief sur le mouvement du personnel, l'arbitre peut vérifier le respect des règles entourant la description et la classification des emplois. Il peut également aussi trancher les mécontentements entourant les exigences requises par l'employeur pour octroyer un poste de travail. Les-dites exigences ne doivent pas être discriminatoires<sup>26</sup>.

### **Priorité aux personnes provenant de l'entreprise**

Lors de l'ouverture d'un poste, la règle veut que les candidatures internes soient priorisées. Si un employeur applique et épuise un processus d'affichage interne négocié et ne trouve aucun candidat apte à satisfaire les exigences de la convention parmi les postulants déjà à son emploi, il est d'usage qu'il ne soit pas tenu de recommencer la sélection à l'interne en l'absence d'une disposition expresse

---

<sup>26</sup> *Newfoundland Association of Public Employees c. Terre-Neuve (Green Bay Health Care Center)* (1996) 2 R.C.S. 3, EYB 1996-95628.

à cet effet<sup>27</sup>. Dans ce cas, l'employeur peut pourvoir le poste vacant en sélectionnant une ressource externe.

### **Conditions de réaffichage des postes de travail**

Certaines circonstances exigent le réaffichage des postes qui viennent tout juste d'être affichés. Ces circonstances sont variées : aucun candidat ne s'est montré intéressé au poste, un seul candidat a postulé mais il a décidé de retourner sur son ancien poste, etc. L'employeur est parfois tenu par la convention collective d'afficher des postes cadres à l'interne, tout en conservant son droit de nommer qui il veut. Dans de telles circonstances, si un employeur oublie d'afficher un poste cadre, quelles en sont les conséquences? Un employeur ne peut passer outre à une obligation conventionnée d'informer le syndicat d'un poste vacant hors de l'unité de négociation, même s'il ne s'est pas engagé à choisir un syndiqué. S'il s'agit d'une obligation d'informer, son non-respect représente plutôt une erreur de forme. Par ailleurs, si l'employeur n'a pas appliqué une exigence impérative et conventionnée de sélection, cela entraînera l'annulation de la nomination antérieure effectuée pour le poste en cause. Dans certaines circonstances, une annulation de poste peut créer un inconvénient majeur pour le salarié déjà nommé au dit poste. Si le titulaire du poste faisant l'objet d'une annulation a quitté un emploi chez un autre employeur pour l'obtenir, le réaffichage d'un tel poste est susceptible d'affecter ses droits. Un grief se limitant à contester le non affichage d'un poste n'autorise pas l'arbitre à accorder un poste à un candidat de sa propre autorité. Il peut par ailleurs exiger l'affichage du poste en question<sup>28</sup>.

### **Intérêts opposés de salariés pour un même poste**

Dans un litige, deux salariés peuvent avoir des intérêts opposés... Par exemple, l'un est promu et l'autre laissé pour compte. Celui n'ayant pas obtenu le poste peut contester le fait que le poste ne lui ait pas été attribué, spécialement s'il détient plus d'ancienneté. Lors d'un éventuel arbitrage, les deux salariés devraient alors être entendus distinctement. D'une part, celui craignant de perdre sa promotion acquise si son collègue est nommé à sa place suite à une décision arbitrale et d'autre part, celui à qui la promotion a été refusée.

---

<sup>27</sup> *Rimouski Ville de c. Fraternité des policiers de Rimouski*, G. Desnoyers, arbitre, T.A.90-00928, 90T 628.

<sup>28</sup> *Syndicat professionnel des infirmiers et infirmières de Trois-Rivières c Laberge*, D.T.E. 98T490 (C.S.).

Par conséquent, toutes les personnes concernées sont, de préférence, informées de la levée d'un tel grief et de son audition éventuelle en arbitrage. En vertu de la règle "*audi alteram partem*" (Entends l'autre), il est souhaitable que les deux salariés visés, celui qui veut le poste et celui qui l'a obtenu puissent être entendus en arbitrage si tel est leur désir.

### 1.3 ANCIENNETÉ VERSUS COMPÉTENCE

Les concepts d'ancienneté et de compétence sont souvent utilisés en dotation de personnel. De manière générale, l'ancienneté prévaut pour sélectionner des statuts occupationnels de base tels que les emplois non spécialisés. Par contre, des professionnels regroupés en corporation professionnelle ont obtenu, pour les postes de base, que l'ancienneté soit le seul critère à considérer en sélection interne hormis leur appartenance requise à ladite corporation. C'est le cas des infirmières dans le réseau de la santé. Les professionnels dont le travail est balisé par le *Code des professions* se perçoivent généralement capables d'exécuter l'essentiel du travail appartenant à leur profession. Par conséquent, les exigences professionnelles doivent être normales<sup>29</sup> sous-entendant qu'un poste exigeant l'appartenance à une corporation ne pourrait ajouter des exigences excédentaires. Or, certaines organisations spécialisent le travail au point de constituer des sous-professions à l'intérieur d'une profession donnée. Par exemple, une infirmière en soins intensifs par rapport à une infirmière en psychiatrie peut œuvrer à des fonctions très différentes à l'intérieur de la même profession. Finalement, l'âge du travailleur ne saurait faire l'objet d'une considération dans l'évaluation de son ancienneté.

La compétence est invoquée pour des postes techniques ou spécialisés. Chez les emplois de cadres, on se référera habituellement à la compétence. En général, plus on s'élève dans la hiérarchie des postes de l'entreprise, plus la compétence fait l'objet d'une considération en dotation.

#### **Notion de critère raisonnable**

La notion de critère raisonnable est systématiquement évoquée en matière de sélection d'effectifs qu'il s'agisse d'ancienneté ou de compétence. Le principe général veut que les critères liés à la compétence s'infèrent des réalités du poste de travail. Les exigences sont habituellement d'une

---

<sup>29</sup> *Chélin c Dulude*, D.T.E. 98T-710, REJB 1998-06472, (C.S.).

facture individuelle, mais on invoque à l'occasion des exigences organisationnelles. Par exemple, face à une disposition signifiant qu'un poste était accordé au salarié le plus ancien qui satisfasse aux exigences, il a été reconnu qu'un employeur pouvait imposer un critère objectif d'assiduité au travail comme étant raisonnable de telle sorte que l'emploi vacant, dans ces circonstances, ne fut pas accordé au candidat le plus ancien<sup>30</sup>. Dans ce cas, il fallait établir un lien évident entre l'assiduité du titulaire du poste et les besoins de l'entreprise. Ce lien s'établit plus aisément lorsqu'il s'avère très difficile sinon impossible de remplacer les absences du titulaire du poste. En d'autres termes, le poste du salarié "irremplaçable" doit être pourvu par une personne qui peut offrir des garanties raisonnables de présence au travail.

Un critère doit posséder une raison d'être logique et compréhensible. Un critère raisonnable est lié au contenu de l'emploi. Il répond à un impératif. Il revêt un caractère essentiel<sup>31</sup>. Par exemple, un employeur n'a pas l'obligation d'accorder le poste de chef d'équipe ou une période d'essai à un salarié qui a échoué au processus de sélection, notamment à l'entrevue; il n'a pas non plus l'obligation de soumettre ce salarié à une nouvelle entrevue quelques mois plus tard, à l'occasion d'un nouvel affichage, étant donné que sa situation relativement aux qualités et aux aptitudes qu'il possède n'a pas changé depuis son échec<sup>32</sup>.

### **Controverse patronale-syndicale sur l'ancienneté vs la compétence**

Le poids à donner à l'ancienneté ou à la compétence dans l'attribution des postes fait l'objet d'une controverse patronale-syndicale plutôt vive. La partie patronale entend que sa compréhension de la compétence soit le critère prioritaire tant pour désigner ceux à qui on offre des promotions que pour établir la liste de ceux qui doivent quitter lors d'une réduction des opérations. La partie syndicale croit davantage que la compétence s'accumule avec les années, que cela doit servir d'assises à la carrière de l'employé et qu'en cas de mises à pied, les derniers embauchés quittent en premier.

---

<sup>30</sup> *Bell Canada c. Syndicat des travailleurs en communication électronique, électricité, techniciens et salariés du Canada, (STCC)* M. Boisvert, arbitre, 90T-316.

<sup>31</sup> *Abi-Mansour c. Président-directeur général de Passeport Canada*, 2014 TDFP 12 (CanLII) 2014-07-22, Tribunal de la dotation de la fonction publique, Canada (fédéral)

<sup>32</sup> *TCA Québec, section locale 1004 c. Nova Bus, division du groupe Volvo Canada inc.*, L. Viau, arbitre, DTE2014-448.

#### 1.4 LES TESTS

Comme tous les autres instruments de sélection, les tests doivent être valides, équitables, non abusifs et non discriminatoires. Le degré de rigueur doit être équivalent pour l'ensemble des candidats soumis aux tests. Par exemple, il serait contre indiqué d'exiger la passation de tests pour des candidats et d'ajouter des éléments évaluatifs pour d'autres dans le cadre de l'attribution d'un poste<sup>33</sup>. En outre, les tests ne sauraient être les seuls critères d'évaluation, spécialement si d'autres indicateurs objectifs sont accessibles tels qu'un diplôme ou une expérience pertinente. En fait, les tests sont davantage des mécanismes de mesure des capacités professionnelles que des exigences formelles. La possibilité d'utiliser des tests est fonction de l'importance accordée à l'ancienneté dans la convention collective. Les tests servent généralement à vérifier la capacité d'une personne à satisfaire ponctuellement et immédiatement les exigences d'un poste. Ils ne doivent pas limiter la portée de la convention collective et doivent être liés aux besoins de la clientèle, lesquels représentent essentiellement les exigences du poste. La standardisation des questions, l'indice de difficulté et la marge d'erreur standard, le tout en fonction de la nature du poste, sont des éléments importants pour l'usage des tests en contexte d'emploi. Il serait abusif d'exiger de faire passer un test à un salarié qui postule sur un poste alors qu'il satisfait déjà les exigences du poste et qu'il l'a accompli avec succès pendant plusieurs années<sup>34</sup>. L'utilisation des tests est finalement en relation avec l'importance que la convention collective accorde à l'ancienneté dans l'octroi des postes.

#### **Seuil de passation des tests**

Les notes de passage aux tests varient grandement d'un milieu à un autre. Ainsi, même si un niveau de passation fixé à 70% peut sembler élevé, du moins pour la partie syndicale, il pourrait s'avérer justifié<sup>35</sup>. Le seuil de passation signifie peu de chose en soi. C'est plutôt son caractère de validité qu'il faut prendre en considération. Quel que soit le niveau de passation exigé, ce dernier devrait permettre de conclure que le candidat est capable ou non d'accomplir l'essentiel des exigences du poste raisonnablement exigibles. La situation d'un individu par rapport à la moyenne obtenue par les autres candidats est plus importante que la moyenne proprement dite. Cela vaut dans la mesure

---

<sup>33</sup> Caisse d'économie solidaire Desjardins et Syndicat des travailleuses et travailleurs de la Caisse d'économie Desjardins (C.S.N) Vincent Dagenais, arbitre, 2013-03-25, AZ-50965516, DTE2013T385.

<sup>34</sup> Syndicat des employés de la Fédération interprofessionnelle du Québec et Fédération interprofessionnelle du Québec (F.I.Q) Maureen Flynn, arbitre, 2013-04-12, DTE2013T419.

<sup>35</sup> *Syndicat des travailleurs et travailleuses de Loto-Québec (CSN) c. Bergevin*, Juge J.M. Brassard, C.S., Montréal, 500-05-002680-898, 89T-1130.

où l'ensemble des candidats forme un échantillon de personnes généralement compétentes pour le poste. Il est donc souhaitable que la détermination du seuil de passation soit effectuée après une analyse objective du travail n'excluant pas la validation du test auprès des clientèles cibles, notamment le superviseur et surtout des personnes qui accomplissent un travail comparable ou similaire.

### **Fardeau de preuve en matière de critères**

Comme l'employeur doit être en mesure de prouver pourquoi il a choisi tel candidat plutôt que tel autre, l'utilisation de tests valides de sélection s'avère appropriée pour tous les contenus de postes complexes. Réitérons que ceux-ci doivent être raisonnables, c'est-à-dire en relation avec le contenu de l'emploi et surtout non contraires aux dispositions de la convention collective. Il appartient donc à la direction de prouver la pertinence des tests de sélection internes qu'elle propose<sup>36</sup>. L'employeur, s'il refuse un salarié à un poste, s'en tient de préférence à des motifs explicables. S'il doit s'en remettre à des critères subjectifs comme l'esprit d'équipe ou le sens de l'organisation, il devrait pouvoir les mesurer avec des descripteurs quantifiables.

### **Besoin d'expliquer la pertinence des tests**

Tout individu est susceptible de ressentir de l'anxiété ou d'exprimer des craintes face à un test, spécialement si les règles du jeu ne lui ont pas été expliquées. Il faut que le travailleur comprenne que la matière sur laquelle il sera évalué est tirée du travail à faire. Un test ne doit pas porter atteinte à la dignité de la personne<sup>37</sup>. Si le travailleur refuse de passer les tests proposés par l'employeur, ce dernier sera justifié de rejeter la candidature de la personne concernée surtout si la convention établit des exigences qui permettent l'administration de tests psychotechniques ou de connaissances. Dans une telle situation un salarié renoncerait ainsi à son droit de contester la pertinence de tels tests. Toutefois, le droit du salarié d'exiger une décision de sélection équitable est inaliénable. La Cour suprême a récemment introduit un principe de proportionnalité dans l'utilisation des tests pour les travailleurs en situation d'emploi. Leur raison d'être ou leur justification doit être proportionnelle aux bénéfices que l'entreprise est susceptible d'en retirer et du respect des droits individuels. Il s'agissait en l'occurrence d'appliquer une batterie de tests

---

<sup>36</sup> *Beloit Canada Ltée c. Syndicat national de l'industrie métallurgique de Sorel inc*, C. Jobin, arbitre, 1989-08-10, T.A. 89-1063.

<sup>37</sup> *Syndicat des employés (es) de la Fédération interprofessionnelle de la santé (SEPFIQ) c. Fédération interprofessionnelle de la santé du Québec (FIQ)*, M. Flynn, arbitre, 2013-04-12, DTE 2013T-419.

auprès des employés, sur une base aléatoire, afin de réduire l'alcoolisme et la toxicomanie dans le site de travail<sup>38</sup>.

### **Importance d'utiliser des tests valides**

Les arbitres de griefs évaluent de plus en plus la pertinence des tests principalement en fonction de leur validité, c'est-à-dire de la relation démontrée entre l'instrument proposé aux travailleurs et le contenu réel du travail qui sera exigé de leur part. La description réaliste du travail et la détermination précise des exigences sont les deux principales voies pour accroître la validité de la dotation du personnel. La construction d'un test de sélection est une opération sensible qui implique des connaissances précises de la part de celui qui le construit.

## **2 LA GESTION DE L'ANCIENNETÉ ET DU SERVICE**

L'ancienneté réfère au temps passé dans une fonction pour le compte d'un employeur. La définition à donner à l'ancienneté se retrouve en principe dans la convention collective. C'est une donnée utile pour gérer le personnel. L'ancienneté intervient dans des situations variées telles que le choix des périodes de vacances, l'obtention d'un meilleur emploi ou la relocalisation dans l'entreprise en cas de fermeture de postes. Il est opportun que l'ancienneté des salariés soit gérée d'une manière transparente. Généralement, le cumul d'ancienneté permet d'acquérir une sécurité d'emploi. La contrepartie attendue est la mobilité du salarié<sup>39</sup>.

### **Pertinence de l'ancienneté**

L'ancienneté a été une composante importante des conventions collectives et rien n'indique que son utilisation est en voie de disparition dans les rapports collectifs de travail. Le contrat individuel fait l'objet d'une considération accrue et la composante technologique augmente dans les entreprises. La gestion de la compétence prend donc de l'importance. Il y a toutefois lieu de croire que l'ancienneté conserve son caractère utile pour disposer d'une quantité appréciable de problèmes ou

---

<sup>38</sup> Syndicat des communications, de l'énergie et du papier, section locale 30 c. Pâtes et Papier Irving Ltée, Juges Lebel et al, 2 R.C.S. 458, 2013-06-14, 2013T418.

<sup>39</sup> Syndicat de l'enseignement de l'Ungava et de l'Abitibi-Témiscamingue c. Commission scolaire du Lac Abitibi, SOQUIJ AZ51097318, T.A. 2014-07-30

pour administrer des activités de gestion des ressources humaines, surtout lorsqu'il s'agit, par exemple, de coordonner des activités ponctuelles comme la détermination des horaires de travail.

### **Cumul, maintien et perte d'ancienneté**

Les parties prévoient parfois des normes de cumul, de maintien ou de perte d'ancienneté. L'ancienneté s'accumule habituellement pendant les jours de travail, les congés ponctuels tels que les vacances, les jours fériés et de repos ainsi que lors de toute autre absence où il a été convenu de le faire. L'ancienneté peut se maintenir sans s'accumuler lors de certaines situations négociées par les parties telles qu'entre le vingt-quatrième et le trente-sixième mois d'absence pour maternité. Finalement, l'ancienneté se perd dans d'autres circonstances telles qu'à la suite d'une mise à pied non suivie d'un rappel au travail dans un temps déterminé par la convention ou après une absence non justifiée du travail. L'ancienneté, sauf exception, se cumule sur une base continue en années, en mois ou en jours de calendrier. Un courant jurisprudentiel n'accorde pas le cumul automatique de l'ancienneté lors d'une absence à moins d'une mention conventionnelle explicite l'autorisant<sup>40</sup>. Cette interprétation vient de la *Loi sur les normes du travail* :

*«À la fin de la période d'absence, l'employeur doit réintégrer le salarié dans son poste habituel, avec les mêmes avantages, y compris le salaire annuel auquel il aurait eu droit s'il était resté au travail. Si le poste habituel du salarié n'existe plus à son retour, l'employeur doit lui reconnaître tous les droits et privilèges dont il aurait bénéficié au moment de la disparition du poste s'il avait alors été au travail » (Art. 79.4).<sup>41</sup>*

### **Perte conventionnelle d'ancienneté**

Des conventions collectives prévoient la perte d'ancienneté en cas d'absence injustifiée. L'employé qui s'absente sans avis à l'encontre d'une disposition conventionnelle l'interdisant formellement devra invoquer valablement la force majeure. L'employé doit alors démontrer son impossibilité absolue de satisfaire à la condition de la convention collective. Ainsi, le fait de s'absenter du travail à l'encontre de la convention sans fournir de raison pendant quatre jours afin d'agir comme témoin délateur sous la protection de la police a été accepté comme motif suffisant de force majeure<sup>42</sup>. En

---

<sup>40</sup> Alliance du personnel et technique de la santé et des services sociaux (APTS) c. Hôpital Juif – Sir Mortimer B. Davis, Francine Toussaint, arbitre, T.A. 2013-04-07, SOQUIJ AZ50955024, A.A.S 2013-A-59

<sup>41</sup> Loi sur les normes du travail, (2013-14) Lois du travail, 20<sup>e</sup> Édition, Éditions Yvon Blais, Cowansville, p. 490.

<sup>42</sup> Centre hospitalier Robert Giffard et Syndicat des employés du Centre hospitalier Robert Giffard, F. Gauthier-Montplaisir, Arbitre, T.A. 89-03000, 1989-0831, 89T1094.

clair, si les parties indiquent formellement que la perte d'ancienneté est la mesure à prendre en cas d'absence non motivée d'une durée donnée (ex. cinq jours), que se passera-t-il si l'employé s'absente six jours consécutifs sans informer son employeur et sans raison déclarée? Dans une telle situation, il perdra vraisemblablement son ancienneté à moins qu'une situation incontrôlable ne l'ait empêché d'informer son employeur du motif et de la durée de son absence.

En présence d'une disposition conventionnelle annonçant la perte d'ancienneté pour congé sans motif valable, il faut néanmoins considérer la cause de celui-ci car c'est la seule façon d'apprécier le caractère valable du motif. Un employé dont le dossier est vierge tant au travail qu'à l'extérieur du travail peut, à cause d'une erreur et bien malgré lui, faire face à une période d'incarcération de quelques jours. Une telle absence est différente de celle où le salarié s'absente délibérément de son emploi pour prendre des vacances qu'il a déjà prises<sup>43</sup>.

### **Perte d'ancienneté versus perte d'emploi**

Les circonstances et l'intention du salarié sont des éléments qui interviennent dans la décision de lui faire perdre ou non son ancienneté. Lorsque la convention contient des dispositions sur la perte d'ancienneté, l'annulation de celles-ci précarise grandement l'emploi si le texte en cause n'accorde aucun statut au salarié sans ancienneté ou si on précise que le salarié doit à nouveau acquérir ses droits initiaux. Dans ces conditions, on refuse généralement de distinguer la perte d'ancienneté et la fin d'emploi.

### **Comparaison d'ancienneté entre salariés de syndicats distincts**

Il y a parfois lieu de comparer l'ancienneté d'un salarié à celle d'une autre personne non syndiquée ou syndiquée mais appartenant à un autre syndicat. Des litiges relatifs à l'ancienneté se présentent également lorsque plusieurs conventions collectives existent simultanément dans la même entreprise et que des travailleurs sont appelés à passer d'un régime de conditions de travail à un autre selon le type de tâche accompli. L'ancienneté est un sujet qui doit être tranché à la lumière de la convention collective présente et non pas de celle qui était en vigueur à un moment donné dans le passé.

---

<sup>43</sup> Association des employés de la Cafétéria Montchâteau et Cafétéria Monchâteau Ltée, L. Tousignant, arbitre, T.A. 90-00438, 1990-02-02, 90T453.

## Comparaison d'ancienneté entre les salariés et les cadres

La Cour suprême a jugé, dans une affaire de reconnaissance d'ancienneté d'ex-employés promus contremaîtres qui souhaitaient réintégrer l'unité syndicale, que leur seul recours était la voie de l'arbitrage des griefs. En outre, leurs droits s'interprètent à la lumière de la convention collective la plus récente et non celle qui s'appliquait au moment de leur promotion au rang de cadre<sup>44</sup>. Dans l'affaire précitée, il y a lieu de retenir ce qui suit :

- Il est inadmissible qu'une ancienne convention régisse l'ancienneté de certains employés qu'une nouvelle s'appliquerait aux autres, cela pour un même groupe de référence.
- Le *Code du travail* du Québec interdit implicitement d'accorder une valeur aux conventions collectives anciennes, sauf peut-être pour aider l'interprétation d'une affaire.
- Le concept de droits acquis est inapplicable à ce sujet puisque l'ancienneté est négociable au même titre que toute autre condition collective de travail.

Par conséquent, le retour d'un cadre dans l'unité syndicale se réalise à la lumière de la convention collective. L'entrée d'une personne antérieurement non syndiquée ne pouvant être réalisée à l'encontre de la convention collective, il faut que celle-ci autorise une telle entrée directement ou indirectement.

La règle générale veut que l'ancienneté s'applique aux membres de l'unité syndicale lorsqu'il s'agit d'obtenir un poste. Par ailleurs, s'il est prévu implicitement ou manifestement que l'ancienneté s'accumule depuis la date d'entrée en service, une personne peut bénéficier de cette disposition une fois entrée dans l'unité.

Les droits de maintien ou de cumul de l'ancienneté de salariés promus dans une fonction au-dessus de l'unité d'accréditation comme un poste de cadre s'établissent ou s'interprètent donc à la lumière de la convention collective la plus récente. Un tel principe entend ne pas tenir compte de la convention collective qui était en vigueur au moment où le salarié, devenu depuis un cadre, a quitté l'accréditation, il y a de cela parfois plusieurs années.

---

<sup>44</sup> Émond c Coopérative fédérée du Québec, Juges Lemaire, L'Heureux-Dubé, Sopinka et Corey, 2, R.C.S. 962 1989-10-12, 89T973.

De manière générale, l'ancienneté possède un caractère hautement sensible. Elle est souvent au centre de préoccupations diverses en relations du travail:

- Elle est utilisée pour justifier une quantité imposante de décisions administratives... choix de vacances, déplacements d'effectifs.
- Il arrive qu'on prévoie des règles d'acquisition, de cumul, de maintien ou de perte d'ancienneté. À défaut de le faire, on est enclin à l'assimiler au temps de service du salarié dans l'entreprise.
- L'ancienneté s'accumule exclusivement à l'intérieur de l'unité d'accréditation. S'il existe plusieurs conventions collectives dans une même entreprise, l'ancienneté ne peut, en principe, être utilisée pour permettre à un salarié d'une unité syndicale d'obtenir un poste dans une autre unité. Toutefois, des réserves s'imposent à ce sujet si:
  - le salarié a déjà cumulé du temps de travail dans une unité d'accréditation et entend y retourner;
  - les conventions collectives concernées prévoient des dispositions sur le transfert d'ancienneté d'une unité syndicale à l'autre ou en matière d'intégration de cadres dans l'unité.

### **Service continu**

En principe, l'établissement d'un lien d'emploi est un préalable à la considération ultérieure du service continu<sup>45</sup>. Un salarié ne peut invoquer de continuité de son service s'il a reçu de son employeur un avis de fin d'emploi qu'il n'a pas contesté et s'il a été réembauché par la suite<sup>46</sup>. Une démission officielle fait donc perdre tous les droits antérieurs du salarié, à moins qu'on en convienne autrement lors de l'acte démissionnaire ou lors du réembauchage. Il est admis que la vente en justice d'une entreprise n'interrompt pas le cumul de service continu aux fins d'en appeler en vertu de l'article 124 de la *Loi sur normes du travail* du Québec. Toutefois, la notion de service continu s'applique difficilement dans le cas d'un étudiant qui a œuvré plusieurs étés consécutifs chez un employeur même si le retour aux études à l'automne ne faisait pas l'objet d'une démission formelle. Cela peut valoir également pour un employé mis à pied et réembauché à plusieurs reprises sans droit de rappel prévu dans sa convention collective. Il s'agirait alors d'une série de périodes de

---

<sup>45</sup> Agence de sécurité du Nord inc. et Union des agents de sécurité du Québec, Métallurgistes unis d'Amérique, section locale 8922, N. Cliche, arbitre, T.A. 93-07600, 1993-12-02, D.T.E. 94T 218.

<sup>46</sup> Larue et 149444 Canada inc., A. Corriveau, arbitre, T.A. 124-89-122, 1989-08-21, D.T.E. 89T 982.

travail qui s'échelonnent sur plusieurs années sans justifier le temps de service requis pour loger un appel au sens de la *Loi sur les normes du travail*.

### 3 L'EMPLOI

L'occupation de l'emploi concerne une quantité appréciable d'éléments rattachés à la quotidienneté des opérations comme l'apprentissage du travail, les horaires ou l'appréciation des performances.

#### 3.1 LA PÉRIODE D'ESSAI

La période d'essai concerne un salarié déjà en emploi qui débute sur un nouveau poste pour le même employeur. La période d'essai exige souvent du nouveau titulaire qu'il assimile rapidement une situation complexe et méconnue par lui. Est-elle pour autant une période formelle d'apprentissage? Quoiqu'un nouvel employé doive apprendre beaucoup de choses dans sa période d'essai et que cette étape requiert un effort d'apprentissage important, celle-ci n'est habituellement pas considérée comme une période de formation. Elle représente néanmoins une phase d'adaptation à un nouveau travail<sup>47</sup>. Dans les faits, elle exige du salarié une dépense élevée en énergie pour assimiler les techniques ou les procédés de la nouvelle fonction. L'employé doit donc s'attendre à satisfaire un certain nombre d'exigences "normales", c'est-à-dire rattachées à la nature de l'emploi à pourvoir. Ces exigences deviennent une condition d'accès au nouveau poste.

#### Rémunération de la période d'essai

Une période d'essai est logiquement rémunérée même si elle comporte une bonne part d'activités de formation<sup>48</sup>. Comme l'acceptation du travail forcée est illégale, les heures effectuées par un salarié lors d'une période d'apprentissage ou d'essai obligent un employeur à les rémunérer<sup>49</sup>. Le salarié doit donc s'attendre à satisfaire un certain nombre d'exigences « normales », c'est-à-dire, rattachées à la nature du poste à pourvoir; elles en sont une condition d'accès.

---

<sup>47</sup> Syndicat des employées et employés professionnels et de bureau, section locale 57 et la Compagnie Rolland inc., J.D. Gagnon, arbitre, T.A. 95-06854, 1995-10-18, D.T.E. 96T 16.

<sup>48</sup> Comité paritaire des agents de sécurité c. Atelier La Flèche de fer inc., Juge F. Michel Gagnon, C.Q., Montréal, 500-02-044761-968, 1998-05-15, D.T.E. 98T 828.

<sup>49</sup> Richard c. Jules Baillot et Fils Ltée, Juge Jean-François Gosselin, C.Q., Hull, 550-32-002889-969, D.T.E. 97T 1005.

### **Phases de la période d'essai**

La période d'essai comprend logiquement trois phases : l'accueil, l'assistance technique normalement exigible et l'évaluation réciproque de l'employé et de l'employeur. Elle permet au salarié de se familiariser avec son nouvel emploi et à son employeur d'apprécier les performances de ce dernier, selon des critères réalistes. Pour l'employeur comme pour l'employé, c'est le début d'une expérience réciproque qui s'avérera mutuellement décevante ou enrichissante.

### **Connaissances minimales pour effectuer le poste**

Si la convention collective accorde un rôle prioritaire à l'ancienneté dans l'attribution des postes, le salarié doit tout de même démontrer qu'il a suffisamment de connaissances pour satisfaire aux conditions minimales normalement exigibles. En contrepartie, l'employeur doit faire preuve de transparence à l'égard de ce qui est exigible<sup>50</sup>. Cela étant, le salarié ne saurait réclamer que son employeur le forme pour exercer un nouveau poste de travail sans invoquer une disposition conventionnelle appropriée. Par ailleurs, la direction ne peut l'écarter d'un poste disponible sans preuve suffisante. A priori, un employeur ne peut être tenu responsable d'erreurs dues à un manque de formation si rien ne l'oblige à en procurer. Toutefois, l'employeur doit aider l'employé à réussir dans son nouveau travail. De plus, ce dernier doit répondre favorablement à certaines exigences de base qui doivent être raisonnables.

### **Possibilités d'erreurs accrues lors de la période d'essai**

La période d'essai est sans doute une phase d'erreurs accrues des salariés. En période d'essai, les erreurs du salarié seront considérées comme des incidents excusables si elles sont facilement corrigibles et sans conséquences graves. Il est important de comprendre les tensions subies par le salarié durant sa période d'essai. L'exécution d'un emploi pose des exigences qui varient selon les milieux : permis de conduire, horaire et lieux préalablement définis. Par conséquent, les possibilités d'erreurs fluctuent en fonction de l'indice de difficulté du poste et du savoir-faire de l'employé.

**Écart entre le salaire de la personne nommée et celui de la personne ayant quitté le poste** Le nouveau titulaire du poste reçoit le salaire prévu et négocié à la convention collective. Il peut se

---

<sup>50</sup> Alliance de la Fonction publique du Canada c. Conseil du Trésor (ministère des Ressources humaines et du Développement des compétences), 2012 CRTFP 86 (CanLII).

produire un écart entre le salaire versé à l'employé nommé et celui qui était versé à l'ex-titulaire du poste qu'il remplace. Cet écart peut s'expliquer de plusieurs manières:

- l'ex-titulaire était, à cause de sa longue expérience, au maximum de l'échelle salariale, le nouveau titulaire se situe au minimum de ladite échelle;
- l'ex-titulaire avait un salaire hors échelle ayant été antérieurement déplacé d'un poste bien payé à un poste peu rémunéré.

Habituellement, la détermination d'une structure salariale et d'un mode d'intégration des nouveaux salariés dans cette structure s'impose. La volonté du salarié peut s'avérer déterminante lorsque celui-ci quitte un poste donné pour s'initier à un autre poste dans la même organisation. Un salarié qui accepte délibérément une réduction de statut d'emploi (par exemple, de professeur régulier à professeur suppléant) peut limiter ses recours aux conditions prévues par le statut qu'il a volontairement accepté<sup>51</sup>, à moins d'une disposition à l'effet contraire dans la convention collective.

### **3.2 L'EXERCICE DE L'EMPLOI**

La gestion des emplois est réalisée selon le principe voulant que les capacités professionnelles doivent s'harmoniser ou s'équilibrer avec les exigences des postes disponibles dans l'entreprise. Ces exigences peuvent toucher l'organisation, l'unité syndicale ou leurs membres.

#### **Une prestation de travail raisonnable**

La gestion d'une entreprise implique de fixer des normes de rendement, d'établir des règles d'exécution des opérations, de prévoir les horaires de travail, enfin de prendre un ensemble de décisions liées à l'emploi. Le travail doit être réalisé dans un site sous le contrôle effectif de l'employeur. Ce contrôle doit respecter une certaine "normalité". La prestation de travail normale est celle exécutée selon des normes raisonnablement exigibles et dans un temps concevable<sup>52</sup>.

---

<sup>51</sup> Meunier et Université du Québec à Trois-Rivières, R.Guay, arbitre, T.A. 124-90-155, 1990-11-06, D.T.E. 91-T 81.

<sup>52</sup> Société canadienne des postes c. Syndicat des postiers du Canada, F. Morin, arbitre, T.A.1991-03-06, DTE91T560.

### **Préavis raisonnable lors d'un changement à l'horaire de travail**

De manière générale, l'employé bénéficie d'un préavis en cas de changement à son horaire de travail. À titre d'exemple, si un salarié œuvre dans le cadre d'un horaire variable formellement établi par les parties, l'employeur ne pourrait, sans avis, l'obliger à se présenter au travail à une heure précise pour contrer les inconvénients d'une grève impliquant les travailleurs d'une autre unité d'accréditation<sup>53</sup>. Ainsi, un ordre de rentrer au travail plus tôt qu'à l'heure prévue à cause de l'obligation imposée de franchir une ligne de piquetage avant qu'elle ne prenne forme ne suffirait pas pour qualifier la situation d'urgente. Pour cela, il faudrait qu'elle soit issue de dimensions directement rattachées au travail du salarié<sup>54</sup>.

### **Contenu de l'emploi versus le salaire**

Un emploi est rarement statique. Il évolue dans le temps et ses exigences également. La direction a généralement le droit de déterminer ou de modifier le contenu des emplois. Ce droit implique que les taux de salaires soient équitables et tiennent compte de la fluctuation des responsabilités d'un poste à l'autre. Les associations représentatives se préoccupent d'ailleurs de négocier les nouveaux taux de salaires suite à des changements dans le travail.

### **Exigences raisonnables en cours d'emploi**

Les critères fixés sur la personne du salarié comme ceux rattachés à la santé doivent s'appuyer sur un examen objectif du travail. Un test médical en cours d'emploi posé comme exigence pour l'obtention d'un poste affiché ne peut aller à l'encontre des droits à l'intégrité de la personne et au respect de la vie privée garantis notamment par les chartes de droits. Par ailleurs, le salarié doit demeurer personnellement apte à assumer les exigences de sa tâche. Ainsi, pour un emploi où l'utilisation d'une automobile est normalement requise, l'exigence du permis de conduire pourrait entraîner un bris de lien d'emploi si le salarié le perd par sa faute, spécialement si l'employeur n'a pas la possibilité de lui offrir un nouveau poste<sup>55</sup>. Les exigences patronales en cours d'emploi s'infèrent d'un principe de consistance et de logique interne.

---

<sup>53</sup> Boucher c. Hydro-Québec, J.G. Clément, arbitre, T.A.89-04103, 1989-11-27, DTE90T140.

<sup>54</sup> Hydro-Québec c. Syndicat professionnel des ingénieurs d'Hydro-Québec, J.P. Lussier, arbitre, T.A.90-01926, 1990-06-13, 90T1052.

<sup>55</sup> Kirkland (Ville de) c. Fédération des employés municipaux et scolaires du Québec, A. Sylvestre, arbitre, T.A.90-01125, 1990-03-22, 90T777.

## **Réexamen des classifications en début de convention**

Des conventions collectives prévoient l'affichage des différentes classifications d'emplois en début de contrat avec un délai accordé au syndicat ou aux travailleurs pour déposer s'il y a lieu une contestation. Si on procède ainsi, une plainte ultérieure de reclassification devrait s'appuyer sur un fait générateur de droits identifiables ou un accroissement de responsabilités intervenu au cours de la durée du contrat collectif.

## **Unité d'accréditation et exclusivité du travail**

Les parties acceptent parfois que les cadres puissent effectuer des opérations prévues à la convention collective ou appartenant normalement à l'unité d'accréditation. Des dispositions explicites sont à cet égard souhaitables si tel est l'objectif visé. En outre, certaines conventions collectives autorisent l'employeur à retenir les services de personnes exclues de l'unité afin d'exécuter du travail analogue à celui effectué par les salariés de l'accréditation à la condition que ces derniers ne soient pas mis à pied<sup>56</sup>. Il s'agit de travaux prévus par les classifications conventionnelles et octroyées en sous-traitance. Par contre, les parties sont parfois en présence d'une convention collective qui interdit à l'employeur d'utiliser des personnes exclues de l'unité d'accréditation pour effectuer du travail appartenant aux syndiqués. Le caractère exclusif du travail prévu pour une unité syndicale varie d'une convention collective à l'autre.

La question devient délicate si les personnes sollicitées par l'employeur sont bénévoles. Par exemple, le secteur hospitalier possède une tradition d'utilisation de bénévoles dont certains peuvent accomplir des tâches assimilées à celles prévues à la convention collective, spécialement en contexte de soins psychiatriques. En outre, il a été décidé que des bénévoles pouvaient être utilisés pour réparer et entretenir un terrain de jeux appartenant à l'employeur, en l'occurrence une municipalité, pendant la fin de semaine. Il s'agissait de personnes agissant de leur propre initiative et sans rémunération. En cette matière, il y a parfois lieu de faire déterminer la portée du certificat d'accréditation. Le principe généralement admis est que l'utilisation de bénévoles n'entraîne pas d'effet réducteur sur la qualité des conditions de travail des salariés.

---

<sup>56</sup> Université du Québec à Trois-Rivières c. Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 1800, J.P Lussier, arbitre, T.A.90-01928, 1990-06-13, 90T1093.

### 3.3 LA SUPPLANTATION

La quantité de postes de travail disponibles varie selon les époques dans l'entreprise. Lorsque des postes sont fermés à cause d'une baisse de la production ou pour tout autre motif administratif, l'usage veut que les employés plus anciens, dont les postes sont abolis, aient la possibilité de déplacer d'autres employés possédant moins d'ancienneté.

#### **Règles de base en matière de déplacement**

Lorsqu'un employé est forcé d'exercer un droit de supplantation suite à une réduction des heures de travail, on tente de lui accorder les meilleures possibilités de déplacement en appliquant les deux règles suivantes<sup>57</sup>:

- l'employé déplace un autre salarié ayant moins d'ancienneté;
- l'employé est remplacé dans une fonction qu'il est en mesure d'accomplir.

Dans le cadre de l'application des deux règles précitées, un salarié peut généralement supplanter un salarié moins ancien occupant un poste comportant des responsabilités supérieures et, par conséquent, mieux rémunéré. La supplantation ascendante est donc permise si le salarié possède les qualifications pour occuper les fonctions du poste qu'il souhaite supplanter<sup>58</sup>.

#### **Déplacement et période d'essai**

L'arrivée d'un employé dans un nouveau poste suite à son déplacement de son poste antérieur exclut habituellement toute possibilité de période d'essai. La raison en est fort simple. L'ancien poste de l'employé qui a choisi le déplacement n'existe plus. Ce poste a fait l'objet d'une fermeture. Le salarié ne peut bénéficier d'une période d'essai puisqu'il n'existe pas de lieu où il pourrait retourner. Dans ces conditions, le salarié arrivé depuis peu sur une nouvelle fonction doit donc être en mesure de satisfaire l'essentiel des éléments de la tâche. Il a toutefois habituellement droit à une période de familiarisation au nouveau poste. Ce laps de temps ne représente pas une période de formation proprement dite. C'est davantage une période permettant au salarié de s'acclimater à sa nouvelle réalité de travail et d'appliquer ses connaissances. Si l'employé déplacé est incapable d'accomplir

---

<sup>57</sup> Industries Lenrod Ltée c. Métallurgistes unis d'Amérique, local 7625, R. Savoie, arbitre, T.A.90-06649, 1990-10-12, 90T46.

<sup>58</sup> Syndicat des salariées et salariés des caisses populaires du Saguenay-Lac St-Jean (CSN) et Caisse populaire Desjardins de Chicoutimi, J.M. Morency, arbitre, T.A. 1017-1074, 1999-12-22, D.T.E. 2000T 341.

ses nouvelles fonctions, les parties jugent parfois nécessaire d'autoriser l'employé, dont le poste a été fermé, à effectuer un nouveau choix de déplacement.

### 3.4 L'APPRÉCIATION DES PERFORMANCES EN EMPLOI

L'appréciation des performances est l'occasion pour la direction de démontrer un souci d'équité et de justice distributive. Il faut là aussi que les employés soient traités d'une manière non discriminatoire. Par exemple, un vendeur d'automobiles congédié à cause du faible niveau de ses ventes fut réadmis au travail parce que le directeur favorisait un autre vendeur en lui référant des clients, ce qui était inéquitable<sup>59</sup>.

#### **Évaluation négative et mesures disciplinaires : deux réalités**

L'appréciation des performances est certes un sujet sensible pouvant occasionner des conséquences sur les relations de travail. Le processus évaluatif doit être transparent, les critères doivent être mesurables et le résultat doit provenir d'une observation juste du travail. L'appréciation de l'exécution du travail représente un vaste champ à litiges potentiels.

L'ensemble des relations évaluatives entre un dirigeant et les salariés ne doit pas être exclusivement perçu sous l'égide de la discipline. Par exemple, un employeur pourrait rencontrer un salarié pour discuter de son dossier d'absentéisme, le soumettre à un examen médical prévu à la convention collective en vue de vérifier le bien-fondé de ses absences et confirmer le tout par lettre sans qu'il ne s'agisse d'une mesure disciplinaire. Une rencontre d'évaluation du rendement, faite de bonne foi, dans le cadre de l'application d'un programme d'appréciation des ressources humaines ne constitue pas une mesure disciplinaire proprement dite, même si le jugement porté sur le rendement du salarié n'est pas élogieux. Il y a lieu de distinguer les deux processus, même si la frontière entre une évaluation négative des performances et un rapport disciplinaire peut, à l'occasion, être ténue.

---

<sup>59</sup> Champlain Dodge Chrysler Canada Ltée c. Travailleurs unis de l'alimentation et du commerce, local 502, R. Tremblay, arbitre, T.A.89-04116, 1989-11-30, 90T205.

### **Processus et contenu évaluatifs**

Le processus suivi pour évaluer les performances est aussi important que le contenu de l'évaluation formulée. Ainsi, un comité d'évaluation se doit d'agir avec objectivité. L'employé a le droit de connaître sans ambiguïté les points qui justifient l'insuffisance de son rendement, lequel peut être volontaire ou involontaire<sup>60</sup>. En clair, la direction a le droit d'apprécier les performances de ses employés, mais ces derniers peuvent s'attendre à recevoir des explications valables et avoir la possibilité de transmettre leur opinion à leur évaluateur s'ils en expriment le besoin. L'appréciation positive et systématique des performances ne semble pas toujours présente dans les milieux industriels.

## **4 LA RÉINTÉGRATION**

La réintégration est le processus qui permet à l'employé de retourner dans son milieu de travail pour reprendre ses activités courantes après l'avoir quitté pendant une période donnée.

### **Conséquences d'une réintégration suite à un congédiement injustifié**

La règle veut qu'une personne congédiée ou suspendue injustement de son travail soit réintégrée en recevant toute la rémunération à laquelle elle aurait eu droit si elle avait travaillé. Généralement, le syndicat doit démontrer que le salarié est capable de reprendre le travail et l'employeur doit prouver les raisons à la base de son refus de le reprendre.

### **Réintégration de dirigeants**

La réintégration suite à un congédiement injustifié s'impose de soi mais elle trouve ses limites chez les détenteurs d'autorité comme, par exemple, chez les cadres où leur réinsertion au travail est susceptible de créer un climat de non-confiance qui pourrait perturber le fonctionnement de l'entreprise. Dans ce cas, la partie patronale soumettra la nécessité d'éviter la réintégration en s'appuyant sur la relation de confiance nécessaire entre l'employeur et ceux qui sont payés pour le représenter. Le climat de travail futur joue un rôle important dans la réintégration d'un cadre qui a fait l'objet d'un congédiement. Cela est particulièrement évident s'il s'agit d'une personne œuvrant

---

<sup>60</sup> Bail c. Université de Montréal, Juge J. Vaillancourt, C.S. Montréal, 500-05-009968-908, 1990-12-05, 91T962.

à l'intérieur d'une petite entreprise familiale. Lorsqu'il s'agit de réintégrer des cadres, l'indemnité compensatoire est plus utilisée que pour les autres catégories d'employés qui bénéficient davantage d'un retour au travail<sup>61</sup>.

### **Obligation de réduire les dommages pendant l'absence**

L'obligation de réduire les dommages comporte deux éléments:

- rechercher un travail dans le même domaine,
- éviter de refuser une offre d'emploi raisonnable dans le contexte.

En absence suite à un congédiement, l'employé a normalement le devoir de prendre des actions positives visant à réduire ses dommages, notamment par une recherche régulière d'emploi. Lorsqu'un employé est réintégré au travail, on tient habituellement compte des revenus qu'il a gagnés ailleurs. On soustrait la valeur monétaire de ce qu'il a gagné lors de son absence de la somme qu'il aurait dû recevoir de son employeur s'il était demeuré en situation de travail. On ordonnera d'habitude à l'employeur de lui verser l'intérêt couru sur le montant dû en fonction de la *Loi sur le Ministère du revenu* (art. 28)<sup>62</sup>.

Si le salarié en situation d'absence disciplinaire a l'obligation de chercher à réduire ses dommages, l'employeur a le fardeau de prouver que le salarié a négligé de remplir ce devoir. L'âge du plaignant, le poste qu'il occupe, ses années de service, la nature de la faute commise, et surtout les modalités de la convention collective sont des éléments considérés en matière de réintégration au travail.

### **La réintégration n'affecte pas les droits d'un tiers**

En matière de réinsertion au travail d'un ex-salarié congédié, un employeur ne peut, en principe, convenir avec ce dernier d'une entente qui aurait des conséquences sur les droits négociés des autres salariés de l'unité de négociation, notamment au plan de l'ancienneté et de la supplantation<sup>63</sup>. Autrement, ce serait remettre en cause un des concepts à la base du fonctionnement des rapports collectifs, soit le monopole de représentation.

---

<sup>61</sup> Giguère c. Cie Kenworth Ltée, P. Cloutier, arbitre, T.A.124-87-228, 1989-09-15, 90T461.

<sup>62</sup> Laprairie (Ville de) c. Fraternité des policiers et pompiers de Laprairie, F.G. Fortier, arbitre, T.A.90-03614, 1990-07-27, 90T1160

<sup>63</sup> Société des hôtels Méridien (Canada) Ltée c. Syndicat des travailleuses et travailleurs de l'Hôtel Méridien de Montréal, F. Morin, arbitre, T.A.89-03612, 1989-10-16, 90T8

## **Exigences à satisfaire suite à une réintégration**

Le travail est un élément dynamique qui évolue en fonction des exigences du service ou de la production. L'employeur a le fardeau de prouver que l'employé n'est pas compétent pour effectuer le travail proposé suite à sa réinsertion. Entre le départ et la réinsertion de l'employé, le poste peut avoir subi des modifications de telle sorte que l'employé ne soit plus spontanément en mesure de l'accomplir. Lorsque le travail a subi une modification, l'employeur doit être en mesure de prouver qu'une telle modification provient des exigences des opérations. Toutefois une proposition patronale d'intégration de l'employé dans un emploi de même rémunération et faite de bonne foi ne constitue habituellement pas une abolition de poste<sup>64</sup>.

## **Réintégration conditionnelle**

La réintégration conditionnelle est relativement courante dans les milieux de travail. Celle-ci est une réinsertion de l'employé dans son milieu antérieur de travail assortie d'un certain nombre de conditions imposées par la direction ou convenues entre les parties. Elle comprend plusieurs volets, soit la dernière chance, la condition de travail spécifique et la mobilité imposée.

## **La dernière chance**

La dernière chance signifie que le salarié ne pourra se reprendre s'il échoue dans sa tentative de s'amender. Elle le soustrait de la possibilité de faire valoir l'absence de mise en garde<sup>65</sup>. Ainsi, un salarié congédié pour rendement insatisfaisant fut réintégré sous réserve qu'il améliore sa performance au jugement de la direction. Dans le cas contraire, on prévoyait qu'il soit congédié au prochain rapport disciplinaire, reportant ainsi le caractère punissable de la faute, en cas de récidive. La condition réintégrative peut également avoir lieu préalablement au retour au travail. Par exemple, il a été exigé qu'un ex-employé toxicomane règle son problème dans un délai de six mois comme condition de retour au travail.

---

<sup>64</sup> Charbonnier c. Air Canada Touram, Juges Beaugard, Mailhot et Dugas. C.A. Montréal 500-09-000323-865, 1990-02-23, 90T407.

<sup>65</sup> Produits forestiers E.B. Eddy Ltée c. Syndicat canadien des travailleurs du papier, section locale 33, M. Bergevin, arbitre, T.A. 90-01708, 1990-05-24, 90T957.

## **La condition de travail spécifique**

La condition de travail spécifique implique que le salarié réintégré soit affecté à des tâches modifiées pour une période de temps limitée ou indéterminée. La réintégration peut alors être assortie de conditions particulières telles que: l'employé doit porter tel équipement de sécurité ou l'employé ne doit pas utiliser tel produit de nettoyage. Des conditions de travail spécifiques sont parfois dictées par les arbitres de griefs. Par exemple, suite au congédiement d'un employé diabétique, son employeur fut tenu de le reprendre à son emploi en lui fournissant un glucomètre muni d'une mémoire artificielle. Le but visé par l'arbitre était d'introduire une condition spécifique qui permettrait à l'employé diabétique de se tenir valablement informé sur son état de santé. La prétention patronale que l'arbitre avait rendu une décision déraisonnable en prévoyant un moyen non prévu dans la convention fut rejetée par la Cour supérieure, qui tout en exprimant quelques réserves, refusa d'annuler la décision arbitrale<sup>66</sup>.

## **La mobilité imposée**

La mobilité imposée consiste à proposer une autre fonction plutôt qu'à modifier la tâche dont l'employé est le titulaire. Un employé peut être contraint de prendre un emploi différent si la fonction qu'il détient ne peut être modifiée même partiellement. On impose la mobilité surtout dans une situation où l'employé n'est plus en mesure d'accomplir son emploi, soit par insuffisance professionnelle, soit à cause d'un autre motif tel que la maladie. L'obligation d'occuper une autre fonction peut aussi être de source organisationnelle. En effet, les réorganisations administratives sont monnaie courante, surtout en période de récession. Ainsi des offres de reclassification sont parfois faites aux employés suite à des licenciements provenant de réorganisations internes.

## **Réintégration conditionnelle et droits du salarié**

La réintégration conditionnelle au travail peut limiter grandement les droits futurs du salarié. Dans ces circonstances, il faut comprendre que du côté syndical le choix est plutôt limité. Il s'agit de se prononcer entre un retour assorti de conditions ou le maintien du congédiement. Le salarié doit, dans son intérêt, être informé correctement et prendre conscience de la situation précaire dans laquelle il se trouve. Ainsi, un employé alcoolique congédié par voie d'entente patronale-syndicale,

---

<sup>66</sup> Canadian Pacific Ltd c. Piché, Juge A. Forget, C.S. Montréal, 500-05-010751-897, 1990-01-08, 90T156.

puis réintégré fut congédié à nouveau quelques mois plus tard n'ayant pas respecté les conditions de sa réintégration.

### **Réintégration conditionnelle et Loi des normes du travail**

En matière de réintégration conditionnelle, la *Loi des normes du travail* indique certaines voies, mais elle n'accorde pas de priorité particulière à l'une ou l'autre d'entre elles:

*"Si l'arbitre juge que le salarié a été congédié sans cause juste et suffisante, il peut:*

- *ordonner à l'employeur de réintégrer le salarié,*
- *ordonner à l'employeur de payer au salarié une indemnité jusqu'à un maximum du salaire qu'il aurait normalement gagné s'il n'avait pas été congédié,*
- *rendre toute autre décision qui lui paraît juste et raisonnable compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire." (Art. 128, LNT).*

## **5 LA RÉMUNÉRATION ET LES AVANTAGES SOCIAUX**

La gestion de la rémunération diffère selon les titres d'emploi et les secteurs industriels. Elle concerne une foule de dimensions telles que le temps supplémentaire, le rappel au travail, les primes, les congés ou le paiement des salaires.

### **5.1 LE TEMPS SUPPLÉMENTAIRE**

De manière générale, le temps supplémentaire doit faire l'objet d'une autorisation préalable comme condition de son paiement. Face à une pénurie d'effectifs, l'employeur se retrouve devant trois choix:

- 1 embaucher, spécialement si la pénurie s'avère permanente;
- 2 octroyer de la sous-traitance;
- 3 attribuer du temps supplémentaire à la main-d'œuvre disponible dans l'entreprise.

#### **Distribution équitable du temps supplémentaire**

Le principe le plus utilisé pour assurer la distribution du temps supplémentaire est celui de l'équité. La méthode privilégiée par les parties consiste à l'attribuer par ordre d'ancienneté mais à tour de

rôle. En l'absence de dispositions conventionnelles, il appartient généralement à l'employeur d'établir le mode de distribution du temps supplémentaire.

## 5.2 LE RAPPEL AU TRAVAIL

Il faut distinguer le rappel au travail du temps supplémentaire effectué en continuité du quart régulier de travail. Un rappel implique de revenir sur les lieux du travail après les avoir formellement quittés au moins pendant quelques instants<sup>67</sup>. En fait, un rappel représente un travail effectué en dehors de la journée régulière ou pendant un congé. Il est généralement assorti d'une indemnité pour déplacement ainsi que d'une période minimale rémunérée à temps supplémentaire. La présence d'une indemnité versée en plus d'une rémunération régulière ainsi que le fait de devoir revenir au travail après l'avoir quitté constituent les deux principaux critères pour distinguer le rappel au travail du temps supplémentaire<sup>68</sup>. Ces deux critères font souvent l'objet de la négociation collective. On les retrouve donc fréquemment dans les conventions collectives des milieux de travail à opérations continues, c'est-à-dire qui utilisent de la main-d'œuvre sur un horaire rotatif ou plusieurs quarts de travail.

## 5.3 LES PRIMES

Les primes sont variées. On compte deux grandes catégories de primes : les primes circonstancielles et les primes occupationnelles. Les primes circonstancielles sont payables lors d'occasions particulières. Si le salarié travaille de soir pendant une semaine, il accomplit exceptionnellement cette activité. La prime circonstancielle réfère à des situations temporaires comme une prime de nuit reçue par un travailleur sur la rotation des quarts (jour - soir - nuit). La prime occupationnelle s'intègre au travail régulier de l'employé. C'est le cas du salarié nommé à un poste de chef d'équipe. Elle compense donc des situations rattachées au travail comme une fonction de responsabilité.

---

<sup>67</sup> Rolland Inc c. Syndicat canadien des travailleurs du papier, section locale 14, M. Boisvert, arbitre, T.A.89T04063, 1989-11-22, 90T99.

<sup>68</sup> Woodridge Invac Inc c. Travailleurs unis de l'alimentation et du commerce, section locale 501, R. Tremblay, arbitre, T.A. 89-02812, 1989-08-03, 89T1034.

## **Paiement des primes lors d'absences du travail**

Certaines primes sont intégrées au salaire régulier alors que d'autres ne le sont pas. L'employé doit-il recevoir ses primes lors d'une absence? La question à laquelle il faut répondre est la suivante : L'employé aurait-il été payé pour cette prime s'il avait effectivement travaillé?<sup>69</sup> Par conséquent, la prime circonstancielle n'est généralement pas versée pendant une absence. Par exemple, si l'employé était la seule personne du service à recevoir, à l'occasion de surcroît de travail, une prime de disponibilité et qu'il se déclare malade pour une période donnée, il ne percevra normalement pas cette prime de disponibilité pendant son congé. En outre, l'employeur la verserait probablement à un autre salarié requis d'être disponible. Une telle prime n'est donc pas juxtaposée à la fonction du salarié. Par contre, l'employé qui a obtenu un quart stable de soir aurait droit à ladite prime lors d'une absence puisqu'elle est constitutive du poste.

## **Pouvoir discrétionnaire limité en matière de versement de primes**

Le versement des primes en milieu syndiqué fait partie du négociable. Une structure salariale fixe ne peut devenir variable d'une manière discrétionnaire, par exemple en versant des primes non négociées à certains individus et pas à d'autres. En effet, un employeur ne peut introduire un mode de rémunération variable sous forme de boni individuel si les salaires ont déjà fait l'objet d'une négociation sans qu'il n'y ait été fait mention dans cette dernière<sup>70</sup>.

## **Obligation patronale de paiement des primes malgré leur complexité**

L'ajout d'un ensemble diversifié de primes parallèlement à la rémunération de nombreux titres d'emplois complique la gestion des salaires. Nonobstant cela, un employeur ne pourrait invoquer une pénurie d'effectifs à son service des salaires pendant la période des fêtes pour refuser de verser des primes dont il évalue le calcul compliqué<sup>71</sup>. En clair, la sophistication administrative ne dispense pas un employeur de l'actualisation de ses responsabilités.

---

<sup>69</sup> Syndicat national des travailleurs en accessoires électriques Laprairie et Cegelec Industries Inc, P. Beetz, arbitre, T.A. 90-00616, 1990-02-13, 90T557.

<sup>70</sup> Syndicat des professionnels et professionnelles du Gouvernement du Québec c. Gouvernement du Québec, A. Ladouceur, arbitre, T.A. 92-02603, 1992-03-11, DTE92T638.

<sup>71</sup> Lasalle (Ville de) c. Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 323, A. Corriveau, arbitre, T.A. 90-00092, 1989-11-30, 90T208.

#### 5.4 LES AVANTAGES SOCIAUX

Les avantages sociaux sont constitués entre autres des régimes d'assurances et de retraite.

Les assurances collectives et les régimes de retraite font l'objet d'une préoccupation constante des intéressés, soit l'employeur, le syndicat et les employés. C'est là un phénomène parfaitement compréhensible compte tenu des sommes importantes qui y sont investies d'abord en primes aux organismes assureurs, ensuite en prestations par ces derniers aux bénéficiaires. On observe aussi que des employeurs ou des syndicats assument la responsabilité d'assureurs en plus de leur vocation première. Le tout entraîne parfois des plaintes sur des sujets comme la facturation, les prestations versées et les résultats des régimes mis en place.

##### **Portée de la procédure de griefs en matière d'avantages sociaux**

Les régimes d'assurance et de retraite peuvent être inclus dans les conventions collectives ayant préalablement fait l'objet d'une négociation. Dans ce cas, le salarié à qui l'assureur refuse de payer une prestation, peut généralement soumettre un grief. Il pourrait également être prévu, dans ce contexte, que l'employeur rembourse en cas de maladie la différence entre l'indemnité d'assurance-salaire et la rémunération régulière. La gestion de la police d'assurance peut aussi relever du syndicat.

De manière générale, un employé ne peut utiliser la procédure de griefs pour diriger une réclamation à un tiers comme l'organisme assureur à moins que l'employeur ait accepté de prendre la responsabilité d'un défaut ou d'une insuffisance de paiement par la compagnie d'assurances si l'invalidité du salarié est contestée<sup>72</sup>. En principe, les conditions d'un contrat n'ayant pas d'effet sur un tiers, la convention collective intervenue entre un employeur et un syndicat n'engage pas a priori la compagnie d'assurances non signataire de l'acte. Par conséquent, les obligations de celle-ci sont issues d'un contrat d'assurance qui, par définition, échappe à la convention collective de travail. La procédure de grief n'est donc pas la procédure indiquée si un salarié est insatisfait des prestations qu'il reçoit de son organisme assureur, et que celui-ci n'est pas son employeur, à moins que la

---

<sup>72</sup> Empire Electroplating Works Ltd c. Métallurgistes unis d'Amérique, local 6123, C. Jobin, arbitre, T.A. 90-02615, 1990-06-16, 90T1048

convention collective traite du sujet des assurances de manière à donner éventuellement prise à un grief.

### **Participation du salarié à la gestion de ses avantages sociaux**

Historiquement, l'administration des régimes de retraite a surtout été prise en charge par des compagnies d'assurances sans participation très active des payeurs de primes ou d'une partie significative d'entre eux. Le cadre législatif a introduit une nouvelle approche à ce sujet. En effet, l'employé est maintenant appelé à participer par voie de représentation à la gestion de son fond de retraite.

## **6 LES CONGÉS**

Les congés incluent plusieurs catégories d'absences telles que les jours fériés, les vacances, les congés sans solde, les congés sociaux. La gestion des congés est réalisée en juxtaposition avec la présence au travail. Le principe général veut que la prestation d'emploi serve de base comme norme d'acquisition et d'octroi des congés. Généralement, le congé est issu d'un événement particulier.

### **Cumul des jours de congé annuel**

Le cumul des jours de congé annuel est établi généralement en fonction de la prestation de service réellement fourni. Certaines absences autorisées comme les absences maladies, les congés de repos hebdomadaire ou les congés fériés ne réduisent pas la prestation de service. Mais le salarié pourrait voir ses vacances réduites suite à un congé sans solde, et s'il œuvre à temps partiel, il pourrait les accumuler au prorata des heures travaillées. A contrario, on doit conclure que dans les situations non prévues comme l'absence maladie, l'absence pour accident de travail ou pour d'autres motifs, il y a cumul de vacances<sup>73</sup>. Une disposition d'exception qui indiquerait que les vacances d'un salarié en état d'invalidité sont payées "sur base prorata" limiterait la clause générale voulant que tous aient droit à un congé annuel payé<sup>74</sup>. À cet égard, la coutume peut s'avérer utile pour déterminer le nombre de jours de congé annuel auxquels un employé a droit suite à une absence.

---

<sup>73</sup> Syndicat des employés du Centre hospitalier régional de Lanaudière c. Centre hospitalier régional de Lanaudière, A. Rousseau, arbitre, T.A.90-01498, 1990-04-26, 90T887.

<sup>74</sup> Gazette (The) c. Syndicat des communications graphiques, F. Hamelin, arbitre, T.A. 90-00213, 1990-01-09, 90T313.

## **Choix du congé annuel selon l'ancienneté**

Les périodes de vacances sont déterminées selon les modalités de la convention collective applicable pour le groupe de salariés visés. De plus, elles tiennent compte, dans une certaine mesure, de l'organisation du travail<sup>75</sup>. Le choix du congé annuel s'effectue normalement par ancienneté, laquelle est appliquée par service, en s'assurant qu'un niveau d'effectifs minimum reste en place pour sauvegarder la qualité de la production. Cela s'applique principalement à l'entreprise dont les opérations sont continues.

## **7 LA SANTÉ DU PERSONNEL**

Les parties tiennent à ce que les salariés possèdent la meilleure santé possible. À cet égard, un employeur est appelé à prendre des initiatives, sous réserve de la confidentialité des dossiers médicaux, pour qu'un équilibre se réalise entre les exigences du travail et les capacités physiques ou psychologiques des salariés. L'état de santé du salarié doit être raisonnablement compatible avec les exigences de son travail. Finalement, le salarié est convié à prendre en charge la gestion de sa santé.

### **7.1 L'ÉVALUATION DE LA SANTÉ DU SALARIÉ**

Le principe général veut que l'employé qui se déclare malade s'en tienne à des activités de repos. Sa condition médicale doit être conforme à ses déclarations. Dans ce domaine, il est d'usage d'établir une preuve documentaire sous forme de certificat médical ou autres pièces analogues. Ainsi, un salarié ne pourrait utiliser une banque maladie pour prendre des vacances et réclamer par la suite son congé annuel<sup>76</sup>. La gestion de la santé des employés se réalise en respectant le principe de l'inviolabilité de la personne. L'obligation du salarié de se soumettre à un examen de santé est, en quelque sorte, une exception à ce principe.

---

<sup>75</sup> Montréal (Ville de) c. Syndicat des fonctionnaires municipaux de Montréal (SCFP), G. Jutras, arbitre, T.A. 91-05929, 1991-07-12, DTE91-966.

<sup>76</sup> Montréal (STCUM) c. Syndicat des employés du transport en commun, section locale 2551, P. Jasmin, arbitre, T.A. 89-03833, 1989-11-08, 90T58.

## **Expertise et contre-expertise médicale**

Un certificat médical émis par un médecin spécialiste revêtira, en principe, une valeur plus élevée en arbitrage que celui du médecin de l'employeur. Il est toutefois requis que le médecin expert se prononce sur une condition médicale rattachée à sa spécialité<sup>77</sup>. Par exemple, un orthopédiste évaluera la capacité résiduelle d'un membre. S'il se présente une contradiction d'opinion sur l'état de santé d'un salarié entre son médecin traitant et un autre médecin, l'employeur devrait de préférence requérir une autre expertise avant de prendre une décision administrative de réaffectation ou de modification du statut d'emploi du plaignant.

## **Valeur du certificat médical**

Un employeur, pour des motifs valables (ex. de fréquentes absences), peut exiger un diagnostic, mais la gestion de cette information doit être prudente. Pour qu'un certificat médical soit crédible, il doit être rédigé pendant la période où l'état du salarié révèle les symptômes d'un défaut quelconque de santé<sup>78</sup>. Il n'est pas toujours facile pour le salarié de requérir une telle preuve, surtout s'il s'agit d'une absence maladie de quelques jours dans une région où les médecins sont en pénurie. De plus, lors de la contestation d'une absence maladie, la justification par le salarié de son état de santé est fonction de deux éléments:

- la promptitude avec laquelle il consulte à partir du début de sa maladie;
- l'adéquation entre la spécialisation du médecin consulté et la pathologie observée.

La valeur probante d'un certificat médical est liée à la réalisation d'un examen objectif effectué pendant et non postérieurement à la maladie du salarié<sup>79</sup>. De plus, le certificat doit être rédigé de manière à établir valablement un lien entre la condition de santé et le travail à faire. De ces deux éléments, découlent l'obligation de repos pour l'employé pendant son absence du travail pour cause de maladie. La production par un salarié en absence maladie d'un faux certificat médical est un acte reprochable dont la gravité fluctue selon que l'arbitre accorde la priorité à la thèse des droits

---

<sup>77</sup> Hôpital Santa Cabrini c. Alliance des infirmières de Montréal, M. Boisvert, arbitre, T.A. 89-00760, 1989-01-30, 89T1088.

<sup>78</sup> Bonneville portes et fenêtres c. Fraternité nationale des charpentiers, menuisiers, forestiers, travailleurs d'usine, section locale 29, N. Cliche, arbitre, T.A. 89-03897, 1989-11-10, 90T153.

<sup>79</sup> Société canadienne des postes c. Syndicat des postiers du Canada, G.E. Dulude, arbitre, T.A. 1992-02-25, DTE92T30.

discrétionnaires de l'employeur ou place une grande attention à la théorie des circonstances atténuantes<sup>80</sup>.

### **Prise en charge par l'employé de sa santé**

La santé est un bien qui appartient à chaque personne. Il appartient donc au salarié de prouver toute altération de son état de santé. L'importance de l'examen médical requis ainsi que les conséquences prévisibles d'un refus de le passer sont de préférence expliquées au salarié. Une telle approche contribue à donner de la valeur à la norme exigée<sup>81</sup>. De plus, comme les employés prennent davantage en charge la gestion de leur propre santé, les médecins traitants des salariés sont appelés à intervenir de plus en plus au niveau des différents examens médicaux requis par les employeurs. Par ailleurs, si des divergences subsistent entre des témoins médicaux experts sur une condition de santé, il est dans l'ordre des choses d'entendre le témoignage du salarié. Ce dernier est tout de même en mesure d'apporter des éléments de connaissance intéressants sur sa propre santé.

### **Obligation du salarié de collaborer à un programme de santé**

Un employé se doit de collaborer avec l'employeur afin que lui soit transmis un bilan réaliste de sa santé. L'employeur doit tenir compte de ce bilan dans sa gestion. Le droit au respect de la vie privée selon la Charte des droits et libertés ne dispense pas une personne de motiver valablement une absence maladie.

De manière générale, un examen médical ne peut être imposé à un employé sans que l'employeur ait des motifs raisonnables de le faire. Par ailleurs, un salarié ne peut invoquer la Charte des droits et libertés, notamment les stipulations concernant le respect de sa vie privée (art. 5) ou l'inviolabilité de sa personne pour refuser de se soumettre à un examen médical justifié. Un tel examen est justifiable, spécialement s'il est prévu dans l'application d'un programme de santé prévoyant la passation d'examens médicaux<sup>82</sup>.

---

<sup>80</sup> Norcast Corporation c. Métallurgistes unis d'Amérique, section locale 6505, A. Sylvestre, arbitre, T.A. 80-011437, 1990-03-14, 90T745.

<sup>81</sup> Entreprises Lagacé Inc c. Métallurgistes unis d'Amérique, D. Sabourin, arbitre, T.A. 90-01562, 1990-05-09, 90T958.

<sup>82</sup> QIT Fer et titane c. Syndicat des ouvriers du fer et du titane (CSN), M. Bolduc, arbitre, T.A. 90-01041, 1990-03-20, 90T650.

A priori, l'examen médical patronal ne peut être utilisé dans une perspective d'enquête, d'inquisition ou d'atteinte aux droits individuels. Il peut seulement servir les fins de l'entreprise et doit respecter la convention collective. Un examen médical requis par un employeur mais non prévu à la convention collective doit toujours s'appuyer sur des motifs sérieux. Une demande d'évaluation de santé peut faire partie de prérogatives patronales légitimes. Mais elle doit être requise sans délai indu.

## 7.2 LES CONTRÔLES ADMINISTRATIFS DE SANTÉ

Des normes peuvent être établies en matière de santé au travail. Ces normes sont élaborées en fonction de la réalité de chaque entreprise. Elles touchent divers domaines tels que: la consommation de boissons alcoolisées au travail, l'absence maladie, les activités hors travail incompatibles ou la santé et la sécurité au travail. Les contrôles de santé d'un employeur doivent s'inscrire dans le cadre de l'exercice légitime de son autorité.

### **Alcoolisme**

Les consommations alcooliques peuvent être interdites sur les lieux de travail, mais aussi pendant les périodes de repos, surtout si l'emploi impose une absence absolue de tout état d'ébriété comme condition de la sécurité des collègues de travail, de la clientèle ou des citoyens en général. Si l'employé est trouvé en état d'ébriété au travail, l'employeur doit le prouver d'une manière raisonnablement acceptable. La preuve technique (alcoomètre) n'est pas absolue, quoique recommandée<sup>83</sup>. Le fait d'être vu par plus d'une personne en présentant les symptômes habituels d'un état d'ébriété peut constituer une preuve prépondérante. En matière d'alcoolisme, l'employeur doit démontrer de la patience, de la compréhension et, de manière générale, une véritable intention d'aider l'employé. À cet égard, un programme d'aide peut s'avérer utile. Par ailleurs, l'employé ne peut, sur une base répétée, refuser les chances qui lui sont offertes. Un tel refus autorise l'employeur à traiter le dossier d'une manière disciplinaire.

---

<sup>83</sup> Médicon Inc c. Vitriers, travailleurs du verre, local 1135, C. Fabien, arbitre, T.A. 90-01517, 1990-04-20, 90T961.

### **Activités hors travail avec des capacités réduites**

Les activités hors travail alors que le salarié est en absence invalidité compensée doivent être étudiées sous l'angle de sa condition médicale et des gestes autorisés par son médecin. Si ce dernier ordonne par exemple un travail léger que l'employeur ne peut fournir, l'employé pourra alors réaliser chez lui une quantité d'actions qui requièrent un effort léger sans dépasser ce niveau<sup>84</sup>. Il y a là une question de mesure et de jugement. Un employé ne saurait démontrer une attitude consistant à "abuser du système", maquiller les faits ou cacher partiellement ou totalement la vérité. Celui-ci serait prudent d'obtenir un avis précis de son médecin sur ce qu'il peut faire ou ne pas faire en dehors du travail et de tirer les choses au clair avec son employeur.

Une démarche observée chez l'employeur consiste à prouver l'activité extérieure dite incompatible par des moyens techniques comme le film ou des témoignages. Cependant, cela peut soulever une controverse au niveau de l'éthique et des droits fondamentaux des individus. À cet égard, la discrétion de l'arbitre est appréciable. La condition de santé réelle du salarié est d'une importance majeure. Le fait de s'affairer à une autre fonction en état d'absence pour accident du travail est un acte reprochable. La mesure prise par l'employeur devrait toutefois tenir compte des éléments suivants<sup>85</sup>:

- le travailleur risque-t-il fortement d'aggraver sa condition ou de retarder sa guérison?
- désobéit-il aux ordonnances médicales ?

La santé au travail a pris de l'envergure depuis la dernière décennie à cause d'une réévaluation du cadre législatif et d'une participation accrue des travailleurs dans la gestion de leur propre santé. L'employeur a le droit de contrôler l'état de santé des membres de son équipe sous la forme d'exams médicaux généraux ou spécialisés et de pièces médicales. Il ne peut toutefois accomplir ce devoir sans justification ou motif valable. Les activités du salarié accidenté ou victime d'une maladie professionnelle doivent être conformes à sa condition médicale tant au travail qu'à l'extérieur alors que l'employé est en état d'absence.

---

<sup>84</sup> Société d'électrolyse et de chimie ALCAN Ltée (Arvida) c. Syndicat national des employés de l'aluminium d'Arvida Inc, M. Morin, arbitre, T.A. 90-00741, 1990-02-23, 90T778.

<sup>85</sup> Ste Thérèse (Ville de) c. Fraternité des policiers de la ville de Ste-Thérèse Inc c. J.Y Durand, arbitre, T.A. 90-00127, 1989-12-29, 90T203.

## 8 LE STATUT DE SALARIÉ OU D'ENTREPRENEUR

Il appartient normalement à la partie qui allègue qu'une personne n'est pas un salarié au sens du *Code du travail* d'en faire la preuve<sup>86</sup>. Deux indicateurs majeurs peuvent alors être considérés : le premier est la dépendance économique et le second est l'obligation d'accomplir certaines tâches dans le cadre d'un contrat d'entreprise. En outre, le fait pour un individu d'être doté du statut de "personne morale" ne règle pas d'emblée la question de savoir s'il est salarié ou entrepreneur<sup>87</sup>. En la matière, ce n'est pas le titre de l'individu qui compte, c'est l'exercice de sa fonction proprement dite, dans ses composantes intrinsèques<sup>88</sup> ou extrinsèques<sup>89</sup>. La première, soit la composante intrinsèque, concerne les opérations techniques du travail. Que l'installation d'un modem ou d'un système d'alarme soit l'œuvre d'un salarié ou d'un entrepreneur, c'est la même chose. La seconde, soit la composante extrinsèque, réfère à ce qui entoure le travail proprement dit comme l'autonomie du technicien, son intégration à l'entreprise ou ses risques de profits et pertes.

L'expression « employé » ou « salarié » est exhaustive<sup>90</sup>. Cela peut englober toute personne qui, dans sa relation de travail avec un employeur, est placée sous sa dépendance juridique ou économique. Il s'agit donc d'un concept d'application générale dans des contextes très diversifiées. La distinction entre les statuts de salarié et d'entrepreneur doit pouvoir se faire d'une manière limpide. Fudge, Tucker et Vosko (2003) ont réalisé une étude comparative pertinente sur les concepts d'entrepreneuriat et de salariat. Selon eux, il n'y a pas de véritable intérêt à maintenir une confusion identitaire entre les deux statuts<sup>91</sup> soit ceux d'entrepreneur ou de salarié. De l'étude précitée, il se dégage qu'il n'est pas à l'avantage, des entreprises, des travailleurs et de la société en général, de maintenir une confusion à ce sujet. À contrario, il y a plutôt intérêt à agir de telle sorte que les citoyens qualifiés d'entrepreneurs ou de salariés le soient réellement. De là, la nécessité d'utiliser des critères opérationnels aptes à les distinguer.

---

<sup>86</sup> Re Consortium de télévision Québec Canada, Décision du Conseil 21561-C du 3 avril 2003, (2003) CCRI no 224, pa.69. Voir également : J.R. Richard (1991) *Itée et autre*, (2001) CCRI No 128, par.46 et s.; Clarke Transport, une Division de Clarke Inc., (2002) CCRI no 180; Northern Resource Trucking Ltd, Partnership, (2002) CCRI no 198, par. 6 et s.; Maritime-Ontario, Parcel Division, (2000) CCRI no 100.

<sup>87</sup> Voir Cascades Carriers s.e.c (2010) CCRI, no 520.

<sup>88</sup> La composante intrinsèque réfère au contenu du travail proprement dit.

<sup>89</sup> La composante extrinsèque réfère à ce qui entoure le travail.

<sup>90</sup> Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada, (2004) CCRI no 282; 120 CLRBR (2d) 280.

<sup>91</sup> Fudge Judy, Tucker Eric et Vosko Lead, (2003) *Employee or Independant Contractor ? Charting the Legal Significance of the Distinction in Canada*, Canadian Labour and Employment Law Journal, 10, p. 193-230.

Si le concept de salariat peut se comprendre aisément par la dimension dirigeant-dirigé, celui d'entrepreneuriat est d'une compréhension moins accessible. Voici quelques critères empiriques pour l'évaluer. L'entrepreneur :

- A créé une entreprise en bonne et due forme (Bygrave et Hofer, 1991)<sup>92</sup>;
- Possède ses propres sources d'approvisionnement (Audretsch, 2002)<sup>93</sup>;
- Prend des risques (Lash et Yami, 2008)<sup>94</sup>;
- Innove (Commission européenne, 2003)<sup>95</sup>;
- Crée de la valeur (Roberts et Woods, 2005)<sup>96</sup>;
- Fait des profits ou risque des pertes (Carre et Thurik, 2005)<sup>97</sup>;
- Dépiste ou exploite des occasions d'affaires (Verstraete et Fayolle, 2004)<sup>98</sup>;
- Mobilise des ressources (Landstrom, 1999)<sup>99</sup>.

Quant à la dépendance économique, elle peut s'évaluer selon la situation objective entre une personne et son donneur d'ouvrage quel que soit la nature du contrat formel de travail intervenu entre les deux parties précitées<sup>100</sup>. Un certain nombre d'indicateurs peuvent s'avérer utiles afin d'apprécier si un intervenant est un salarié<sup>101</sup> :

1. Son travail est intégré à la structure de l'employeur;
2. Il travaille pour un seul employeur;
3. Il ne possède pas d'autres débouchés ou clients;
4. Il n'a pas investi de capital lors de l'établissement du lien de droit avec l'employeur;
5. Il est sous le contrôle administratif de l'employeur;

---

<sup>92</sup> Bygrave, W.D. et Hofer, C.W. (1991) Theorizing about entrepreneurship, *Entrepreneurship : Theory and Practice*, Vol. 16, no. 2, p. 13-22.

<sup>93</sup> Audretsch, D.B. (2002) *Entrepreneurship : A Survey of the Literature*, Institute for Development Strategies, Indiana University and Center for Economic Policy Research, London.

<sup>94</sup> Lash, F et Yami, S. (2008) The Nature and Focus of Entrepreneurship Research in France over the Last Decade : A French Touch, *Entrepreneurship Theory and Practice*, vol. 32, no. 2, p. 339-360.

<sup>95</sup> Commission européenne (2003) *Livre vert : L'esprit d'entreprise en Europe*, Belgique.

<sup>96</sup> Roberts, D. et Woods, C. (2005) Aspiring Nascent and Fedgling Entrepreneurship : An Investigation of the Business Start-Up Process, *Entrepreneurship and Regional Development*, Vol. 17, No. 2, p. 109-127.

<sup>97</sup> Carre, M. et Thurik, R. (2005) Understanding the Role of Entrepreneurship for Economic Growth, Centre for Advanced Small Business Economics, Rotterdam School of Economics, Erasmus University.

<sup>98</sup> Verstraete, T. et Fayolle, A. (2004) Quatre paradigmes pour cerner le domaine de la PME, Recherche en entrepreneuriat, 7è Congrès international francophone en entrepreneuriat et PME, Montpellier, 27-29 octobre.

<sup>99</sup> Landstrom, H (1999) The Roots of Entrepreneurship Research : *New-England Journal of Entrepreneurship*, vol. 2, no. 2, p. 9-20.

<sup>48</sup> Maritime-Ontario. Parcel Division, (2000) CCRI 100.

<sup>49</sup> Société Radio-Canada (1982), 44 di 179 (CCRT).

6. Il ne court pas le risque de faire des profits ou de subir des pertes;
7. Ses risques se limitent essentiellement à l'investissement de son temps;
8. Ses revenus sont garantis s'il exécute, dans des conditions semblables, un travail similaire à celui fait par d'autres employés du même employeur;
9. Son refus de travailler est ou serait un facteur de dissension.

Dans l'évaluation du statut des traducteurs à l'emploi de TV 5<sup>102</sup>, le CCRI<sup>103</sup> conclut en l'absence du statut d'entrepreneurs en s'appuyant sur les motifs suivants :

1. Ils devaient utiliser du matériel fournit par l'employeur;
2. Ils devaient remettre une facture aux deux semaines;
3. Ils recevaient leur paie en même temps que celle des salariés;
4. Ils formaient une équipe intégrée au sein de l'organisation, de manière similaire aux autres services;
5. Ils devaient rendre compte de leurs absences maladie ou autre et de la prise de vacances.

La Cour suprême du Canada dans l'affaire Sagaz<sup>104</sup>, fait valoir notamment qu'aucun critère universel ne permet de déterminer de manière absolument concluante qu'une personne est un employé « salarié » ou un entrepreneur indépendant. Par conséquent, il faut d'abord saisir la relation globale que les parties entretiennent entre elles, soit l'individu salarié ou non et le donneur d'ouvrage. Dans l'affaire précitée, la Cour traite abondamment de la question centrale : est-ce que la personne concernée intervient ou non en tant qu'individu œuvrant à son propre compte. Elle précise en outre que la réponse à cette question complexe réside spécialement dans la détermination du degré de contrôle qu'un employeur exerce réellement sur les activités du travailleur. S'ajoute la question des circonstances évoquées précédemment. L'individu fournit-il son propre outillage, peut-il engager des assistants, prend-il des risques financiers, est-il responsable d'une mise de fonds, tire-t-il profit de l'exécution de ses tâches.

La Cour ajoute que les circonstances précitées ne sont pas exhaustives. Par conséquent, il n'y a pas de standards clairement identifiables pour les évaluer précisément. Tenant compte de cela, l'arbitre

---

<sup>102</sup> Consortium de télévision Québec Canada Inc, (2003) CCRI, no 235; et 105 CLRBR (2d) 109.

<sup>103</sup> Conseil canadien des relations industrielles.

<sup>104</sup> 671122 Ontario Ltd. C Sagaz Industries Canada Inc., (2001) 2 R.C.S. 983, par. 46-48.

n'a d'autre choix que s'en remettre à l'importance relative desdites circonstances en regard des faits particuliers de l'affaire sous considération. Il s'en remet spécialement aux éléments liés au travail du plaignant dans leurs dimensions intrinsèque ou extrinsèque.

L'élaboration de critères relativement opérationnels afin de déterminer si un individu en situation de travail est salarié ou entrepreneur fut notamment l'œuvre de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire Wiebe<sup>105</sup>. S'inspirant notamment de la doctrine sur le sujet, la Cour y traite de quatre « 4 » critères essentiels :

1. Le contrôle : Ce critère consiste à déterminer le degré de contrôle qu'une partie exerce sur l'autre dans la relation de travail. S'il y a un degré élevé de contrôle, le particulier assujéti à ce contrôle sera considéré comme étant un salarié. Toutefois, s'il n'y a guère ou pas du tout de contrôle et que le particulier est raisonnablement libre de déterminer quand et comment accomplir le travail, il sera généralement considéré comme un entrepreneur indépendant.
2. La propriété des instruments de travail : Ce critère consiste à déterminer qui est propriétaire du matériel utilisé pour accomplir le travail. Si ce matériel appartient à l'employeur, une relation employeur-salarié peut exister. Toutefois, si un particulier fournit ses propres instruments de travail, il est susceptible d'être considéré comme un entrepreneur indépendant.
3. Les possibilités de bénéfices ou de risques : Ce critère consiste à déterminer ce qui est en jeu pour les parties dans leur contrat. Si le particulier risque de perdre de l'argent dans la relation, il sera probablement considéré comme étant un entrepreneur. Toutefois, s'il n'a aucun risque de perte, il sera considéré comme étant un salarié.
4. Le degré d'intégration : Ce critère consiste à déterminer si le travail accompli par une partie à la relation fait partie intégrante de l'entreprise de l'autre partie ou y est simplement accessoire. En présence d'intégration, il s'agira d'un salarié. À contrario, il s'agira d'un entrepreneur.

Subséquemment, la Cour fédérale a pris soin d'orienter l'angle d'analyse qu'il fallait privilégier pour trancher la délicate question de savoir si un intervenant en situation de travail était salarié ou

---

<sup>105</sup> Wiebe Door Services Ltd c MRN (1986) 3 C.F. 553, 87 D.T.C. 5025.

entrepreneur<sup>106</sup>. Comme plusieurs critères peuvent être applicables selon les situations, et que l'intensité desdits critères fluctue selon le contexte en cause, il s'impose de considérer l'ensemble de la preuve en tenant des critères pertinents, autant que faire se peut. Dès lors, il faut attribuer à la preuve déposée par les parties, le poids que les circonstances peuvent exiger.

La Cour canadienne de l'impôt évalua le statut de techniciens dans le secteur de la câblodistribution et de la fourniture de service internet<sup>107</sup>. La Cour conclut au statut d'entrepreneur aux motifs suivants :

1. Le contrôle : Chaque technicien pouvait accepter ou refuser un ordre de travail, ou encore l'échanger avec celui d'un autre travailleur. Lorsque le travail était terminé, et que son paiement avait été perçu, le cas échéant, le technicien le faisait savoir à l'appelante en l'occurrence « Access Communications ». À la fin de la journée, le technicien se rendait dans les locaux de l'appelante, y déposait les ordres de travail exécutés et remettait à l'appelante le bilan des paiements qu'il avait reçus ainsi que les sommes connexes. Le technicien décidait du travail qu'il allait effectuer, de la manière de l'exécuter et du moment de le faire.
2. La propriété des instruments de travail, les possibilités de bénéfice et les risques de perte : Chaque technicien assumait le coût des outils, les dépenses liées à son véhicule, le coût de remplacement des outils de l'appelante qui étaient perdus et le risque de ne pas avoir de travail ou d'en manquer. L'appelante attribuait un certain nombre de points à chaque travail à faire. Le technicien devait, à ses frais et sur son temps, apporter les correctifs qu'il fallait à tout travail ayant fait l'objet d'une plainte. Si l'ordre de travail indiquait qu'il devait percevoir un paiement, les points attribués à cette tâche ne lui étaient accordés que lorsque le paiement était effectivement perçu. En outre, si un client s'était plaint de son travail, le travailleur n'était payé que lorsqu'il avait donné suite à une plainte à la satisfaction du client. Finalement, chaque technicien avait des possibilités de bénéfice et courait le risque de perte.
3. L'intégration : L'appelante pouvait exploiter son entreprise sans les installateurs car elle employait également des installateurs salariés. Les ordres de travail étaient répartis entre

---

<sup>106</sup> Moose Jaw Kinsman Flying Fins c Ministre du revenu national, C.A.F., no A-531-87, 15, Janvier 88 D.T.C. 6099.

<sup>107</sup> Access Communications Costco-operative Limited c La Reine, 2003, CCI 873, (Can LII).

ces derniers, après quoi l'excédent était confié aux installateurs ayant conclu un contrat visé en l'espèce. Ces travailleurs étaient également libres de travailler pour d'autres employeurs.

En vertu d'un contrat de louage de services, la compétence utilisée est partie de l'entreprise. Il s'agit donc d'un salarié. Il existe alors un lien de dépendance ou un état de subordination du salarié à l'égard de l'employeur<sup>108</sup>. Par ailleurs, s'il s'agit d'un contrat d'entreprise, la compétence de l'intervenant n'est pas intégrée à l'entreprise. Elle est davantage accessoire<sup>109</sup>. Il s'agit donc d'un entrepreneur.

Or le critère fondamental maintes fois évoqué de longue date pour confirmer ou infirmer l'existence d'une relation employeur-salarié est celui du contrôle<sup>110</sup>. Cela se traduit spécialement par le droit de donner des ordres et des instructions au salarié sur la manière d'exécuter son travail<sup>111</sup>. Néanmoins, le critère du contrôle, ainsi défini, soit donner des directives précises sur la façon d'exécuter le travail, s'avère inapplicable lorsqu'il s'agit de professionnels investis par la force des choses d'un niveau d'autonomie élevé<sup>112</sup>.

Par conséquent et subséquemment, les critères précédemment cités furent précisés afin de permettre aux acteurs sociaux concernés de mieux différencier le salarié de l'entrepreneur<sup>113</sup>. Lesdits critères doivent être appliqués les uns par les autres afin d'interpréter l'ensemble de la problématique en cause. Vient ensuite la dimension intégrative. Qualifié d'abord de critère d'organisation, la jurisprudence s'en sert ultérieurement pour construire le critère d'intégration<sup>114</sup>. Dans tous les cas, le critère d'intégration s'applique du point de vue du salarié par opposition à celui de l'employeur.

L'intervenant qui s'est engagé à exécuter des tâches données les accomplit-il en tant que personne dans les affaires à son compte<sup>115</sup>. Si la réponse est affirmative, il s'agit d'un entrepreneur. Dans le

---

<sup>108</sup> Sur le lien de dépendance ou de subordination, voir *Canada (Procureur général) c. Jencan Ltd*, (1998) 1, CF, 187.

<sup>109</sup> *Stevenson Jordans et al vs MacDonald and Evans*, (1951) T.L.R. 101.

<sup>110</sup> *R. vs Walker*, (1858) 27, L.J.M.C. 207.

<sup>111</sup> *Hôpital Notre-Dame de l'Espérance et Théorêt c. Laurent et al.*, (1978) 1, R.C.S. 605.

<sup>112</sup> Atiyah, P. S., *Vicarious Liability in the Law of Torts*, Londres, Butterworth, 1967, p 41.

<sup>113</sup> *Montreal v. Montreal Locomotive »Works Ltd. et al.*, (1947) 1 D.L.R. 161 (pp. 169-170).

<sup>114</sup> Voir *Stevenson, Jordan et al*, op. cit.

<sup>115</sup> *Market Investigations Ltd, v. Minister of Social Security* (1968) 3 All E. R. 732.

cas contraire, il s'agit d'un salarié. Dans tous les cas, le degré de contrôle fait partie de la plupart des diagnostics malgré son caractère limitatif face au travail professionnel. De cela découle un certain nombre de questions :

- L'intervenant fournit-il son propre outillage ?
- Engage-t-il lui-même des aides ?
- Quelle est l'étendue de ses risques financiers ?
- Jusqu'à quel point est-il responsable des mises de fonds et de la gestion ?
- Peut-il tirer véritablement profit d'une gestion saine de l'accomplissement de ses tâches ?

La considération des critères les uns par les autres ou le critère multiple vise à prendre en compte la complexité du travail d'un intervenant dans ses composantes intrinsèque ou extrinsèque<sup>116</sup>. Par exemple, pour évaluer le travail professionnalisé, le critère de contrôle s'avère nettement imparfait. Surgit alors le concept de « bon sens »<sup>117</sup>. Il est toujours important d'évaluer le plus justement possible la relation globale que les parties entretiennent entre elles. Les critères n'ont pas tous la même importance. Il faut donc soupeser les facteurs les uns par rapport aux autres en retenant ceux qui tendent davantage vers l'optimalité<sup>118</sup>.

## CONCLUSION

Les griefs sont issus fréquemment de problèmes liés aux conditions de travail. Dès lors, ils concernent surtout les activités liées à la direction des employés. En effet, la vie de travail implique une quantité appréciable de décisions de la part d'un ensemble d'intervenants. Ces décisions touchent des domaines variés tels que: la probation des nouveaux employés, la dotation des effectifs, la gestion de l'ancienneté, de la compétence et de l'emploi, la rémunération et les avantages sociaux, les congés et, finalement, la santé et la sécurité au travail. Il revient à l'arbitre de griefs ou au juge administratif de régler les litiges en application du contrat collectif ou de la convention collective de travail.

---

<sup>116</sup> Sur le critère multiple, voir *Morren v. Swinton et Pendlebury Borough Council* (1985) 57, 6.

<sup>117</sup> *Cassidy v. Minister of Health* (1975) 2, K.B. 343 ou *Whittaker v. Minister of Pensions and National Insurance*, (1967) 1, Q. B. 156.

<sup>118</sup> Voir P.S. Atiyah, op.cit.

Voilà autant de facettes rattachées au vécu du salarié en contexte de travail. Ces dimensions exigent que les parties y portent une attention constante. Il y va de la productivité du personnel et de la qualité de la vie au travail dans l'entreprise. Dans tous les cas, le droit fait partie de la quotidienneté de la gestion des ressources humaines. Son rôle est de régler des situations souvent complexes. En effet, il se produit que les acteurs sociaux, ou les intervenants dans l'entreprise, ne parviennent pas à s'entendre et trouver des solutions aux problématiques auxquelles ils sont confrontés. C'est là que le droit devient incontournable.