

Les nouvelles formes d'emploi et le «brouillage» de la frontière entre la vie de travail et la vie privée : jusqu'où va l'obligation de disponibilité des salariés?

Guylaine VALLÉE¹

Lex Electronica, vol. 15.2 (automne 2010)

Résumé : Les normes minimales relatives à la durée du travail tracent une frontière entre le *temps de travail* pendant lequel le salarié exécute sa prestation de travail sous l'autorité de l'employeur moyennant rémunération et le *temps de repos* pendant lequel il a la libre disposition de son temps sans être soumis au pouvoir de contrôle de l'employeur. Il existe cependant un *troisième temps* où le salarié, sans être considéré au travail, ne dispose pas de la liberté de vaquer à ses occupations personnelles et reste subordonné à une éventuelle demande de l'employeur. Après avoir présenté le cadre général de cette obligation de disponibilité du salarié en vertu du *Code civil du Québec*, des lois du travail et de la *Charte des droits et libertés de la personne*, le présent article en explore les effets particuliers dans le contexte actuel marqué par l'émergence de formes d'emploi atypiques et de nouvelles technologies. A l'aide d'illustrations tirées de la jurisprudence, il veut montrer que cette obligation de disponibilité permet aux entreprises de disposer à moindre coût d'un bassin de main-d'œuvre flexible dont le volume peut varier en fonction des besoins momentanés de la production et du service et que cette situation a des effets très importants sur les droits, notamment les libertés et droits fondamentaux, des salariés en cause.

¹Professeur Titulaire, École de relations industrielles, Université de Montréal (droit du travail)

INTRODUCTION.....	3
1. LES FONDEMENTS DE L’OBLIGATION DE DISPONIBILITÉ DU SALARIÉ EN DROIT DU TRAVAIL QUÉBÉCOIS	4
1.1. Une obligation non absolue	7
1.2. L’obligation d’être disponible : un temps de travail ou un temps de repos ?	11
2. LE TRAVAIL ATYPIQUE ET DE NOUVELLES FORMES DE CONTRÔLE DU TEMPS.....	15
2.1. L’obligation de disponibilité des travailleurs occasionnels non syndiqués : exemples de contrats de travail	16
2.1.1. Clauses relatives à la disponibilité des salariés occasionnels	16
2.1.2. Portée de l’obligation de disponibilité	22
2.2. L’obligation de disponibilité des travailleurs occasionnels syndiqués : exemples de conventions collectives	23
2.2.1. Clauses relatives à la disponibilité des salariés occasionnels	23
2.2.2. Portée et limites de l’obligation de disponibilité	26
2.3. Les effets de l’obligation de disponibilité des travailleurs occasionnels	27
2.3.1. Des normes minimales inadéquates	28
2.3.2. Une atteinte à la liberté de travail	29
2.3.3. Une atteinte au droit à la vie privée	31
CONCLUSION	33

Introduction

Le temps joue un rôle central dans la relation d'emploi par laquelle une personne, le salarié s'oblige à travailler, moyennant rémunération, sous le contrôle ou la direction d'une autre personne, l'employeur². Tel que le prévoit le *Code civil du Québec*, cette relation s'établit « pour un temps limité »³, ce qui suggère que la sujétion à laquelle le salarié consent n'est pas indéfinie et que le contrat n'institue pas un « rapport permanent de subordination »⁴. Par effet de ce contrat, le salarié « accepte de se placer sous l'autorité de son cocontractant (...) pour un temps limité, celui du travail »⁵. Hors de ce temps de travail, le travailleur n'a pas « l'obligation de se tenir immédiatement à disposition [de l'employeur], même s'il demeure contractuellement lié par des obligations particulières» de son contrat⁶. Il peut vaquer à ses obligations personnelles et ses activités ne sont pas soumises au pouvoir de contrôle de l'employeur. Telle est, en principe, la frontière existant entre le temps de travail et le temps de repos.

Or, cette frontière n'apparaît pas si nette dès lors que l'on examine concrètement les contours de l'obligation de disponibilité qui incombe au salarié en droit québécois. Pendant le temps de travail, l'employeur exige du salarié une disponibilité professionnelle réelle⁷ qui peut conduire à sanctionner, pour «vol de temps», des activités personnelles qu'un salarié poursuivrait pendant son temps de travail⁸. Mais l'obligation de disponibilité du salarié peut aussi s'imposer – et c'est ce qui nous intéresse dans le cadre de cet article – au-delà du temps de travail convenu et alors même que le travailleur n'est pas sur les lieux du travail. Il en est ainsi de l'obligation du salarié de travailler au-delà de ses heures habituelles ou normales de travail à la demande de l'employeur ou encore de périodes dites d'astreinte ou de garde⁹ pendant lesquelles « le salarié, sans être à la disposition permanente et immédiate de l'employeur, a l'obligation de demeurer à domicile ou à proximité afin d'être en mesure d'intervenir pour effectuer un travail au service de

² Définition du contrat de travail dans le *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, art. 2085.

³ C.c.Q., art. 2085.

⁴ Jean-François PAULIN, « Les temps soustraits au pouvoir », (2008) 1340 *Semaine sociale Lamy Supplément* 55.

⁵ *Id.*, p. 55 ; Fernand MORIN, « Vie privée et activité professionnelle : une disponibilité contenue du salarié », dans *Fragments sur l'essentiel du droit de l'emploi*, Fragment E, Montréal, Wilson et Lafleur, 2007.

⁶ J.-F. PAULIN, préc., note 4, 56.

⁷ Fernand MORIN, Jean-Yves BRIERE et Dominic ROUX, *Le droit de l'emploi au Québec*, 3^e édition, Montréal, Éditions Wilson & Lafleur, 2006, n^o II-88, p. 284-286.

⁸ Sylvain LEFEBVRE, « Naviguer sur Internet au travail : Et si on nageait en eaux troubles? » dans *Développements récents en droit du travail (2008)*, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, 2008, *Droit civil en ligne (DCL)*, EYB2008DEV1485, p. 22-30. Voir par exemple : *Fairmont Le Reine Élisabeth* et *Syndicat des travailleuses et travailleurs de l'Hôtel Le Reine Élisabeth (C.S.N.)*, D.T.E. 2004T-1168, [2004] n^o AZ-50279670 (T.A.).

⁹ Jean BERNIER, Guylaine VALLEE et Carol JOBIN, *Les besoins de protection sociale des personnes en situation de travail non traditionnelle*, Rapport final du Comité d'experts chargé de se pencher sur les besoins de protection sociale des personnes vivant une situation de travail non traditionnelle, Québec, Gouvernement du Québec, 2003, p. 34 et 496.

l'entreprise »¹⁰. Dans ces situations, l'obligation de disponibilité existe alors que le salarié n'est plus au travail et alors qu'en principe, il devrait pouvoir jouir d'un « *droit à l'autonomie dans l'aménagement de sa vie personnelle et familiale* »¹¹.

Cette obligation du salarié n'est pas nouvelle en droit du travail¹². Elle s'applique cependant à des relations d'emploi qui se transforment avec l'évolution des nouvelles formes d'emploi – en particulier le travail occasionnel et sur appel - et des nouvelles technologies. Quels sont les effets de l'obligation de disponibilité sur les salariés dans ce nouveau contexte ? Pour traiter de cette question, nous rappellerons, dans un premier temps, le cadre général de l'obligation de disponibilité qui existe pour l'ensemble des salariés en vertu du *Code civil du Québec*, des lois du travail et de la *Charte des droits et libertés de la personne*¹³ (1). Dans un deuxième temps, nous verrons que cette obligation permet aux entreprises, en particulier dans le contexte engendré par l'émergence des nouvelles formes d'emploi et de nouvelles technologies, de disposer à moindre coût d'un bassin de main-d'œuvre flexible dont le volume peut varier en fonction des besoins momentanés de la production et du service et que cette situation a des effets très importants sur les salariés (2).

1. Les fondements de l'obligation de disponibilité du salarié en droit du travail québécois

En vertu du contrat de travail, le salarié est tenu d'exécuter son travail avec diligence¹⁴ conformément aux directives de l'employeur. Cette obligation d'obéissance découle de la subordination du salarié¹⁵ et est réaffirmée, en contexte syndiqué, par les clauses des conventions collectives qui reconnaissent les droits de gérance de l'employeur¹⁶. Elle constitue le fondement de l'obligation de disponibilité du salarié.

¹⁰ Définition tirée d'un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation (France) : *SLEC c. Société Dalkia, Soc.* 10 juillet 2002, *Bull. civ.* V, n° 238; commenté dans Jean PÉLISSIER, Antoine LYON-CAEN, Antoine JEAMMAUD et Emmanuel DOCKÈS, « Temps de travail et autres temps », dans *Les grands arrêts en droit du travail*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 2008, p. 289-304.

¹¹ *The Gazette (Division Southam inc.) c. Valiquette*, [1997] R.J.Q. 30, 36, [1997] n° AZ-97011064 (C.A.); repris dans *Godbout c. Ville de Longueuil*, [1997] 3 R.C.S. 844, [1997] n° AZ-97111108 (C.S.C.), par 98.

¹² F. MORIN, J.-Y. BRIERE et D. ROUX, préc., note 7, n° II-87-II-92, p. 283-293.

¹³ L.R.Q., c. C-12 (ci-après «C.d.l.p.»).

¹⁴ C.c.Q., art. 2088.

¹⁵ C.c.Q., art. 2085 ; Pierre VERGE, Gilles TRUDEAU et Guylaine VALLEE, *Le droit du travail par ses sources*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, p. 350-353.

¹⁶ Gérard HÉBERT, Reynald BOURQUE, Anthony GILES, Michel GRANT, Patrice JALETTE, Gilles TRUDEAU et Guylaine VALLÉE, *La convention collective au Québec*, Boucherville, Gaëtan Morin éditeur, 2003, p. 68-84. Voir à titre d'exemple : *Fédération interprofessionnelle de la santé du Québec (FIQ) (aux droits et obligations de l'Association professionnelle des inhalothérapeutes du Québec)* et *CSSS Coeur-de-L'Île (site Hôpital Jean-Talon)*, D.T.E. 2007-468, [2007] n° AZ-50429303 (T.A.), par. 62.

Guylaine VALLÉE, « Les nouvelles formes d'emploi et le «brouillage» de la frontière entre la vie de travail et la vie privée : jusqu'où va l'obligation de disponibilité des salariés? »

Droits d'auteur et droits de reproduction. Toutes les demandes de reproduction doivent être acheminées à Copibec (reproduction papier) – (514) 288-1664 – 1(800) 717-2022.

licences@copibec.qc.ca

Cette obligation se manifeste classiquement, pour les salariés disposant d'un horaire habituel de travail, par l'obligation de faire des heures supplémentaires de travail. Il est clairement établi qu'en l'absence de limites imposées dans la loi, le contrat de travail ou la convention collective, le salarié a l'obligation d'exécuter le travail que l'employeur lui demande d'accomplir en temps supplémentaire ou au-delà de ses heures habituelles de travail. Le principe applicable, maintes fois répété dans la jurisprudence, est le suivant: «obéir maintenant, se plaindre ensuite»¹⁷. Lorsqu'un ordre est clair et sans équivoque¹⁸, le salarié est tenu d'y donner suite et de se présenter au travail¹⁹, même si une telle demande est difficile à concilier avec ses responsabilités familiales²⁰. Le salarié qui refuse d'obéir s'expose à des mesures disciplinaires pour insubordination. Il revient à l'arbitre de grief, en milieu syndiqué, d'apprécier la proportionnalité de la sanction imposée par l'employeur en réaction à un manquement du salarié à son obligation de disponibilité²¹. En milieu non syndiqué, les salariés ayant deux années de service continu peuvent contester le bien-fondé d'un *congédiement* qui reposerait sur ce motif devant la Commission des relations du travail en vertu de l'article 124 de la *Loi sur les normes du travail*²². Il n'existe pas de recours spécialisés permettant à un salarié non syndiqué de faire examiner le bien-fondé d'une mesure disciplinaire autre que le congédiement qui lui serait imposée pour un manquement à son obligation de disponibilité²³, à moins de faire valoir que cette mesure équivaut

¹⁷ P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLEE, préc., note 15, p. 352 et 353.

¹⁸ Claude D'AOUST et Gilles TRUDEAU, *L'obligation d'obéir et ses limites dans la jurisprudence arbitrale québécoise*, Monographie 4, Montréal, École de relations industrielles, Université de Montréal, 1979.

¹⁹ *Fraternité des policières et policiers de Joliette inc. et Régie intermunicipale de police de la région de Joliette*, D.T.E. 2008T-188, [2008] n° AZ-50468610 (T.A.).

²⁰ *Fédération interprofessionnelle de la santé du Québec (FIQ) (aux droits et obligations de l'Association professionnelle des inhalothérapeutes du Québec) et CSSS Coeur-de-L'Île (site Hôpital Jean-Talon)*, préc., note 16.

²¹ *Lactancia et Syndicat des employés des produits laitiers de Victoriaville et la région (C.S.D.)*, D.T.E. 98T-1078, [1998] n° AZ-98141244 (T.A.); *Travailleuses et travailleurs unis de l'alimentation et du commerce, section locale 502 et Boulevard Produits de bureau inc.*, D.T.E. 2001T-760, [2001] n° AZ-01141206 (T.A.); *Syndicat des travailleuses et travailleurs de l'Hôpital Notre-Dame (C.S.N.) et Centre hospitalier de l'Université de Montréal (Mme Francine L'Écuyer-Lambert)*, A.A.S.2002A-278, [2002] n° AZ-02145281 (T.A.); *Fédération interprofessionnelle de la santé du Québec (FIQ) (aux droits et obligations de l'Association professionnelle des inhalothérapeutes du Québec) et CSSS Coeur-de-L'Île (site Hôpital Jean-Talon)*, préc., note 16. Sur l'arbitrage de grief: Denis NADEAU, « Convention collective: nature, application et interprétation », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit du travail », *Rapports individuels et collectifs du travail*, fasc. 16, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles.

²² *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q. c. N-1.1, art. 124 (ci-après «L.n.t.»). Il peut s'agir d'une «autre cause juste et suffisante» au sens du recours fondé sur les articles 122 et suiv. de la L.n.t.: *Deschênes et Desmeules Automobiles inc.*, 2007 QCCRT 0230, D.T.E. 2007T-478, [2007] n° AZ-50431972 (C.R.T.). Sur les caractéristiques de ce recours: Sandra DAUDELIN et Gilles TRUDEAU, « Rupture à l'initiative de l'employeur pour des motifs tenant au salarié », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit du travail », *Rapports individuels et collectifs du travail*, fasc. 26, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles.

²³ Sur l'absence de recours spécialisés permettant aux salariés non syndiqués de contester une mesure disciplinaire ou non disciplinaire autre qu'un congédiement: Guylaine VALLEE, « Fourniture du travail convenu: détermination, modification et suspension de la prestation de travail », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit du travail », *Rapports individuels et collectifs du travail*, fasc. 22, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles, par. 35 et 101.

à un congédiement déguisé²⁴.

Les conventions collectives aménagent fréquemment la répartition du temps supplémentaire entre les salariés. Dans certains cas, la convention imposera à l'employeur d'offrir le travail en temps supplémentaire en priorité aux salariés les plus anciens qualifiés pour faire le travail²⁵; dans d'autres, le temps supplémentaire sera réparti entre les salariés ayant exprimé leur disponibilité ou parmi l'ensemble des salariés suivant un tirage au sort ou à tour de rôle²⁶. Il reste que l'employeur, quels que soient les modes de répartition prévus dans la convention collective, a la plupart du temps le droit d'exiger l'accomplissement du travail²⁷, sous la seule réserve de ne pas exercer ce droit de façon abusive, déraisonnable, arbitraire ou discriminatoire²⁸. Certaines conventions collectives comportent aussi des clauses prévoyant des périodes d'astreinte qui s'ajoutent aux heures habituelles de travail du salarié, pendant lesquelles il a l'obligation d'être disponible et facilement joignable, généralement en contrepartie d'une prime de disponibilité²⁹.

L'obligation de disponibilité qui s'impose au salarié n'est toutefois pas absolue. Les règles régissant la durée du travail peuvent en limiter l'étendue (1.1.), même si elles ne permettent pas de déterminer la nature précise des droits et des obligations du salarié lorsqu'il se trouve en période de disponibilité ou d'astreinte (1.2.).

²⁴ Sur la notion de congédiement déguisé : Guylaine VALLÉE et Marie Hélène DORION, « Rupture à l'initiative du salarié et congédiement déguisé », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit du travail », *Rapports individuels et collectifs du travail*, fasc. 28, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles, par. 20-45.

²⁵ Voir par exemple : *Syndicat national des employés de la Compagnie du gypse du Canada, une division de CGC inc. (CSN) et Compagnie du gypse du Canada, une division de CGC inc.*, [2005] R.J.D.T. 1271, D.T.E. 2005T-662, [2005] n° AZ-50322210 (T.A.). L'employeur n'exerce pas ses droits de direction de manière déraisonnable en limitant le nombre d'heures supplémentaires que peuvent faire les salariés dans le but d'assurer notamment la sécurité de ces derniers : *Syndicat national des employés de la Compagnie du gypse du Canada, une division de CGC inc. (CSN) et Compagnie du gypse du Canada, une division de CGC inc.*, préc., note 25; *Teamsters Québec, section locale 973 et Natrel inc.*, [2008] R.J.D.T. 1748, D.T.E. 2008T-905, [2008] n° AZ-50513976 (T.A.); *Teamsters Québec, section locale 931 et Ceva Logistics Canada, u.l.c.*, D.T.E. 2010T-234, [2010] n° AZ-50608114 (T.A.).

²⁶ Voir par exemple : *Fédération interprofessionnelle de la santé du Québec (FIQ) (aux droits et obligations de l'Association professionnelle des inhalothérapeutes du Québec) et CSSS Coeur-de-L'Île (site Hôpital Jean-Talon)*, préc., note 16.

²⁷ G. HEBERT et al., préc., note 16, p. 259.

²⁸ Voir à titre d'exemple: *Lactancia et Syndicat des employés des produits laitiers de Victoriaville et la région (C.S.D.)*, préc., note 20 ; *Montréal (Communauté urbaine de) et Syndicat des fonctionnaires municipaux de Montréal*, D.T.E. 93T-791, [1993] n° AZ-93142079 (T.A.).

²⁹ Voir par exemple : *Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 1202 (FTQ) et Technocell inc.*, D.T.E. 2009T-632, [2009] n° AZ-50569010 (T.A.).

Guylaine VALLÉE, « Les nouvelles formes d'emploi et le «brouillage» de la frontière entre la vie de travail et la vie privée : jusqu'où va l'obligation de disponibilité des salariés? »

1.1. Une obligation non absolue

Certaines règles législatives précisent les circonstances où le salarié n'est pas tenu d'obéir à la demande de l'employeur de se présenter au travail.

Cette obligation se trouve balisée par les dispositions de la *Loi sur les normes du travail* qui fixent la durée de la **semaine normale de travail**³⁰ et qui imposent à l'employeur de rémunérer à taux majoré, ou par un congé compensateur à la demande du salarié ou si la convention collective le prévoit, le travail qui est exigé au-delà de cette durée³¹. Ces dispositions peuvent avoir un effet dissuasif parce qu'elles augmentent les coûts qui s'imposent à l'employeur qui veut recourir au travail supplémentaire³². Elles ne fondent cependant pas le droit du salarié de refuser de travailler au-delà de la semaine normale de travail si l'employeur le lui demande, à moins que l'employeur ne respecte pas les dispositions sur la rémunération des heures supplémentaires prévues dans la loi³³. La sanction imposée par l'employeur à la suite d'un refus du salarié dans de telles circonstances serait une pratique interdite, parce qu'imposée au salarié en raison de l'exercice d'un droit que prévoit la Loi³⁴.

Il faut attendre une modification de la *Loi sur les normes du travail* au début des années 1990 pour voir apparaître une première manifestation explicite du **droit d'un salarié de refuser de travailler au-delà de ses heures habituelles de travail pour des raisons familiales**. Il est désormais interdit à l'employeur de congédier, de suspendre ou de déplacer un salarié, d'exercer des mesures discriminatoires ou des représailles ou de lui imposer toute autre sanction pour le motif que ce salarié a refusé de travailler au-delà de ses heures habituelles de travail parce que sa présence était nécessaire pour remplir des obligations reliées à la garde, à la santé ou à l'éducation de son enfant mineur³⁵. Cet article a été amendé en 2002 notamment pour tenir compte des obligations relatives à son enfant, sans référence au fait qu'il soit mineur, à l'enfant du conjoint et à l'état de santé d'un proche³⁶. Le salarié qui justifie d'un tel motif peut refuser de travailler au-delà de ses heures habituelles de travail, concept différent de celui d'heures normales de travail qui existait jusqu'alors dans la loi. On notera cependant que la preuve d'un motif de refus lié à des

³⁰ L.n.t., art. 52 et suiv.

³¹ *Id.*, art. 55.

³² Donald D. CARTER, Geoffrey ENGLAND, Brian ETHERINGTON et Gilles TRUDEAU, *Labour Law in Canada*, 5^{ème} éd., The Hague, Kluwer Law International/Butterworths, Toronto, 2002, p. 309.

³³ Hélène OUMET, *Travail plus. Le travail et vos droits*, 6^e éd., Montréal, Éditions Wilson & Lafleur, 2008, p. 113 ; Nathalie-Anne BELIVEAU, *Les normes du travail*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 124.

³⁴ L.n.t., art. 122.

³⁵ *Loi modifiant la Loi sur les normes du travail et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1990, c. 73, art. 55 ; ajoutant l'actuel article 122 par. 6 de la L.n.t.

³⁶ *Loi modifiant la Loi sur les normes du travail et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 2002, c. 80, art. 61, (ci-après « Loi modificative ») ; amendant l'article 122 par. 6 de la L.n.t.

obligations familiales ne suffit pas et que le texte exige du salarié qu'il ait pris «les moyens raisonnables à sa disposition pour assumer autrement ces obligations»³⁷.

Depuis 2002³⁸, la *Loi sur les normes du travail* confère de plus au salarié le **droit, quel qu'en soit le motif, de refuser de travailler au-delà d'un certain seuil**, c'est-à-dire plus de 4 heures au-delà de ses heures habituelles quotidiennes de travail ou plus de 14 heures de travail par période de 24 heures, selon la période la plus courte, ou plus de 50 heures par semaine, sous réserve d'un étalement des heures de travail sur une base autre qu'hebdomadaire établi conformément à la Loi³⁹. Lorsque les heures quotidiennes de travail d'un salarié sont variables ou non continues, il peut refuser de travailler plus de 12 heures de travail par période de 24 heures⁴⁰. Ce droit de refus ne peut être exercé « *lorsqu'il y a danger pour la vie, la santé ou la sécurité des travailleurs ou de la population, en cas de risque de destruction ou de détérioration grave de biens meubles ou immeubles ou autre cas de force majeure ou encore si ce refus va à l'encontre du code de déontologie professionnelle du salarié* »⁴¹.

La *Loi sur les normes du travail* établit aussi le **droit à un repos hebdomadaire** qui peut avoir une incidence sur le droit de refuser de travailler au-delà d'un certain nombre d'heures de travail. Depuis 2002, la durée de ce repos hebdomadaire est fixée à 32 heures consécutives⁴² sous réserve d'un étalement des heures de travail sur une base autre qu'hebdomadaire avec l'autorisation de la Commission des normes du travail ou encore par convention collective ou décret⁴³. Un employeur contreviendrait à cette norme s'il imposait une sanction disciplinaire à un salarié qui refuserait de travailler pendant sa période de repos hebdomadaire⁴⁴.

Il faut enfin noter que la *Loi sur les normes du travail* prévoit des **jours fériés, chômés et payés**⁴⁵ auxquels s'ajoute le jour férié et chômé de la fête nationale prévu dans la *Loi sur la fête nationale*⁴⁶, des **congés annuels payés**⁴⁷, le **droit du salarié de s'absenter pour certains motifs**⁴⁸,

³⁷ L.n.t., art. 122 par. 6; Exemples d'application de l'article 122 par. 6, dans sa version antérieure à 2002 qui exigeait du salarié qu'il ait pris « *tous les moyens raisonnables à sa disposition pour assumer autrement ces obligations* » (nos italiques et soulignés) : *Riccardo et Amalee Systèmes Design innovation inc.*, [2001] R.J.D.T.79, D.T.E. 2001T-434, [2001] n°AZ-50084534 (C.R.T.); *Fortin et Nettoyeurs professionnels de conduits d'air Q.C.*, D.T.E. 92T-1291, [1992] n° AZ-92144082 (C.R.T.).

³⁸ Loi modificative, préc., note 36, art. 17 ; ajoutant l'actuel article 59.0.1 de la L.n.t.

³⁹ L.n.t., art. 53.

⁴⁰ L.n.t., art. 59.0.1.

⁴¹ L.n.t., art. 59.0.1 al. 3.

⁴² L.n.t., art. 78, modifiée par la Loi modificative, préc., note 36, art. 26. Cette période était auparavant de 24 heures consécutives.

⁴³ L.n.t., art. 53 et 39 par. 12.

⁴⁴ COMMISSION DES NORMES DU TRAVAIL, *Interprétation et jurisprudence. Loi sur les normes du travail, ses règlements et Loi sur la fête nationale*, Québec, Commission des normes du travail, 2009, p. 103.

⁴⁵ L.n.t., art. 59.1-65.

⁴⁶ *Loi sur la fête nationale*, L.R.Q., c. F-1.1.

⁴⁷ L.n.t., art. 66-77.

Guyline VALLÉE, « Les nouvelles formes d'emploi et le «brouillage» de la frontière entre la vie de travail et la vie privée : jusqu'où va l'obligation de disponibilité des salariés? »

Droits d'auteur et droits de reproduction. Toutes les demandes de reproduction doivent être acheminées à Copibec (reproduction papier) – (514) 288-1664 – 1(800) 717-2022.

licences@copibec.qc.ca

ainsi que des **absences ou congés pour des raisons familiales ou parentales**⁴⁹ qui viennent limiter l'obligation de disponibilité du salarié⁵⁰. D'autres lois prévoient l'indisponibilité du salarié, notamment celui qui est appelé ou qui agit à titre de témoin⁵¹, qui exerce la fonction de juré⁵² ou qui se prévaut du congé légal pour être candidat ou agent officiel d'un candidat lors d'une élection⁵³.

La *Loi sur la santé et la sécurité du travail* vient aussi limiter le devoir d'obéissance du salarié en lui conférant le droit de refuser d'exécuter un travail «s'il a des motifs raisonnables de croire que l'exécution de ce travail l'expose à un danger pour sa santé, sa sécurité ou son intégrité physique»⁵⁴. Ce danger doit provenir des conditions d'exécution du travail ou de «l'altération de la condition physique du travailleur» provenant «des conditions de travail elles-mêmes, par exemple, la fatigue causée par de longues heures de travail et qui peut rendre dangereuse l'exécution du travail»⁵⁵. La Commission de la santé et de la sécurité du travail a cependant estimé que le refus d'un agent des services correctionnels de rester en poste après son quart de travail à cause de l'état de fatigue engendré par ses nombreuses heures travaillées au cours de la semaine ne constituait pas l'exercice du droit de refus protégé par cette loi. La Commission rappelle que l'existence objective d'un danger doit s'établir indépendamment de la condition personnelle du travailleur : en l'espèce, les conditions d'exécution du travail demandé par l'employeur étaient normales dans le genre de travail en cause et ne présentaient pas un danger probable, un risque réel donnant ouverture au droit de refus⁵⁶.

Enfin, même si la jurisprudence à ce sujet est encore clairesmée, il faut mentionner l'incidence que pourraient avoir les articles 10, 16 et 20 de *Charte des droits et libertés de la personne* sur le droit d'une personne de refuser de travailler au-delà de ses heures habituelles de travail. Ces articles interdisent toute forme de discrimination notamment dans « *la suspension, le renvoi ou les conditions de travail d'une personne* »⁵⁷ pour les motifs prohibés par l'article 10 parmi lesquels se trouvent l'état civil, la religion ou le handicap. Un employeur imposerait une mesure discriminatoire s'il sanctionnait un salarié qui refuserait de travailler au-delà de ses heures

⁴⁸Droit du salarié de s'absenter pour cause de *maladie, d'accident ou d'acte criminel* dont il serait victime (L.n.t., art. 79.1-79.6) ou parce qu'il est *réserviste des Forces canadiennes* (L.n.t., art. 81.17.1-81.17.6).

⁴⁹ L.n.t., art. 79.7-81.17.

⁵⁰ Pour un exposé détaillé des normes qui ont un effet sur l'obligation de disponibilité du salarié : Stéphanie BERNSTEIN, « Exécution du travail, durée du travail et congés », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit du travail », *Rapports individuels et collectifs du travail*, fasc. 19, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles.

⁵¹ *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.Q., c. T-16, art. 5.2.

⁵² *Loi sur les jurés*, L.R.Q., c. J-2, art. 47.

⁵³ *Loi sur les élections scolaires*, L.R.Q., c. E-2.3, art. 112 et 201 à 206; *Loi sur les élections et les référendums dans les municipalités*, L.R.Q., c. E-2.2, art. 213, 347-356; *Loi électorale*, L.R.Q., c. E-3.3, art. 144, 254, 255 et 335; *Loi électorale du Canada*, L.C. 2000, c. 9, art. 80, 132-134.

⁵⁴ L.R.Q., c. S-2.1, art. 12-31 (ci-après « L.s.s.t. »).

⁵⁵ H. OUMET, préc., note 33, p. 446.

⁵⁶ Clément et Québec (*Ministère de la Sécurité publique*), 2009 QCCSST 28, 2010 EXPT-426 (C.S.S.T.).

⁵⁷ C.d.l.p., art. 16.

habituelles de travail à cause de ses obligations familiales – l'état civil englobant le fait d'être parent⁵⁸ et, on peut le supposer, les obligations qui s'y rattachent - ou pour des contraintes liées à sa pratique religieuse. Le droit à l'égalité n'étant pas absolu, l'employeur devrait démontrer que la norme discriminatoire – en l'occurrence l'obligation de travailler au-delà des heures habituelles ou normales de travail - est une exigence professionnelle justifiée au sens de l'article 20 de la *Charte des droits et libertés de la personne* et satisfaire à son obligation d'accommodement. Il faut toutefois noter que, dans une décision récente, les obligations familiales invoquées par la salariée pour justifier son refus de travailler au-delà de ses heures habituelles de travail n'ont pas été retenues pour faire exception au principe « obéir d'abord, se plaindre ensuite » même si l'arbitre en a tenu compte pour réduire la sanction imposée par l'employeur⁵⁹.

La *Charte des droits et libertés de la personne* reconnaît de plus que « [t]oute personne qui travaille a droit, conformément à la loi, à des conditions de travail justes et raisonnables et qui respectent sa santé, sa sécurité et son intégrité physique »⁶⁰. Ce droit est actuellement au cœur d'un litige opposant l'*Association des résidents de McGill (ARM)* au *Centre universitaire de santé McGill (CUSM)* relativement à la clause de la convention collective qui prévoit que les résidents en médecine peuvent être requis de travailler pendant une période maximale de 24 heures. Le syndicat a déposé un grief, estimant que cette clause contrevient à l'article précité de la *Charte des droits et libertés de la personne* ainsi qu'à l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* établissant que « chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne ». La question de fond n'a pas encore été abordée, l'arbitre ayant dû disposer d'une objection relative à sa compétence : l'arbitre, tout comme la Cour supérieure, ont estimé que le tribunal d'arbitrage avait compétence pour disposer du litige⁶¹.

En somme, ces dispositions législatives introduisent une différenciation entre les différents temps qui se succèdent dans la vie d'un travailleur salarié : un *temps de travail*, dont les durées normale et maximale sont balisées par le droit, et un *temps de repos*, constitué d'une période de repos hebdomadaire d'une durée minimale continue, de congés et de vacances, aussi délimité par la loi. Plusieurs dispositions législatives précisent aussi les *motifs* qui peuvent justifier le refus du salarié de travailler en temps supplémentaire, au-delà de ses heures habituelles de travail ou d'un

⁵⁸ Christian BRUNELLE, « Les droits et libertés dans le contexte civil », dans Collection de droit 2009-2010, École du Barreau du Québec, vol. 7, *Droit public et administratif*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 41, à la p. 60 ; voir toutefois Rhéaume PERREAULT, « Garde partagée : est-ce un motif de discrimination ? », dans (2008) 10-8 *Bulletin CCH Travail* 2, commentant la sentence arbitrale *Syndicat des travailleurs d'Environnement Godin-CSN et Environnement Godin inc.*, [2008] R.J.D.T. 573, D.T.E. 2008T-231, [2008] n° AZ-50475530 (T.A.).

⁵⁹ *Fédération interprofessionnelle de la santé du Québec (FIQ) (aux droits et obligations de l'Association professionnelle des inhalothérapeutes du Québec)* et *CSSS Coeur-de-L'Île (site Hôpital Jean-Talon)*, préc., note 16.

⁶⁰ C.d.l.p., art. 46.

⁶¹ L'arbitre a compétence pour disposer du litige: *Centre universitaire de santé McGill (CUSM) et Association des résidents de McGill (ARM)*, D.T.E. 2010T-82, [2010] n° AZ-50592029 (T.A.) (requête en révision judiciaire rejetée, C.S., 05-02-2010, 500-17-054420-099 ; requête pour permission d'appeler rejetée, C.A., 02-03-2010, 500-09-020426-102).

Guylaine VALLÉE, « Les nouvelles formes d'emploi et le «brouillage» de la frontière entre la vie de travail et la vie privée : jusqu'où va l'obligation de disponibilité des salariés? »

Droits d'auteur et droits de reproduction. Toutes les demandes de reproduction doivent être acheminées à Copibec (reproduction papier) – (514) 288-1664 – 1(800) 717-2022.

licences@copibec.qc.ca

certain seuil. Ces dispositions n'interdisent pas à l'employeur de demander à un salarié de se présenter au travail : elles reconnaissent simplement le droit du salarié de refuser d'accéder à une telle demande⁶². Dans de telles circonstances, le refus d'obéir ne serait pas une faute et une mesure disciplinaire ne pourrait être imposée.

1.2. L'obligation d'être disponible : un temps de travail ou un temps de repos ?

L'analyse combinée des fondements de l'obligation de disponibilité du salarié à celle des dispositions législatives encadrant la durée du travail révèle cependant l'existence d'un *troisième temps* où le salarié ne travaille pas et n'est pas rémunéré, tout en étant subordonné à une éventuelle demande de l'employeur. Avec le développement des nouvelles technologies de communication, ce troisième temps est devenu important dans la vie de plusieurs salariés parce que l'employeur peut plus facilement les joindre là où ils se trouvent, ce qui est de nature à étendre la période où le salarié peut être tenu d'exécuter du travail en temps supplémentaire ou en sus de son horaire de travail habituel. L'intensité de l'obligation qui pèse sur certains salariés est encore plus lourde lorsqu'ils sont de garde ou sous astreinte: non seulement sont-ils alors tenus de travailler si l'employeur le leur demande, mais ils doivent aussi garantir à l'employeur qu'ils pourront facilement être joints et rapidement disponibles si leurs services sont requis. Certains contrats de travail ou conventions collectives organisent de telles périodes d'astreinte ou de garde en spécifiant par exemple les périodes où les salariés doivent être disponibles et joignables, les moyens par lesquels l'employeur peut les joindre, la fourniture par l'employeur des moyens de communication pour le faire ou une prime versée en contrepartie de cette disponibilité.

Les dispositions législatives que nous avons exposées précédemment s'appliquent-elles à ces heures où un salarié est sous astreinte ou de garde? Ces périodes sont-elles prises en compte dans l'appréciation des heures normales de travail aux fins de la détermination des heures supplémentaires de travail? Sont-elles prises en compte pour apprécier la durée maximale de travail? Puisqu'aucune disposition législative ne traite explicitement de ces périodes de disponibilité, d'astreinte ou de garde, la réponse à ces questions dépend de leur assimilation à un temps de travail ou à un temps de repos.

La période où un salarié est disponible n'est pas considérée comme un temps de travail. La *Loi sur les normes du travail* prévoit, à l'article 57, qu'un salarié est réputé au travail lorsque trois conditions sont réunies : 1) il est à la disposition de son employeur ; 2) sur les lieux du travail ; 3) il est obligé d'attendre qu'on lui donne du travail. Or, il a été jugé que des infirmières en disponibilité (de garde) à partir de leur domicile n'étaient pas réputées au travail au sens de cet article parce que l'une de ces conditions – celle relative aux lieux de travail – n'était pas satisfaite.

⁶² N.-A. BELIVEAU, préc., note 33, p. 123 et 124.

Le fait que ces infirmières devaient être joignables en tout temps pendant cette période par téléavertisseur ne faisait pas de leur domicile un lieu de travail⁶³. Précisons que pour être réputé au travail, le salarié n'a pas à offrir une disponibilité complète, totale et absolue⁶⁴ : il peut se livrer à d'autres activités pendant cette période, activités qu'il devra interrompre si l'employeur requiert ses services, ce qu'il peut faire d'autant plus facilement que le salarié est lié à lui par une « *laisse technologique* »⁶⁵. Il faut cependant que le lieu où se trouve le salarié en disponibilité soit considéré comme un lieu de travail.

On a ainsi jugé que la période de repas de techniciens ambulanciers qui n'avaient pas l'obligation de prendre leur repas à leur caserne mais qui, pendant cette période, ne pouvaient refuser aucune affectation, avaient l'obligation de répondre aux appels d'urgence, devaient se rapporter à un endroit précis, ne pas s'éloigner de leurs véhicules et être en contact radio en tout temps pour répondre à des appels urgents étaient réputés au travail et devaient être rémunérés. Considérant la nature de leur travail, les lieux de leur travail ne pouvaient se limiter « à un endroit physique spécifique ». Ils couvraient « plutôt une zone géographique où, en tout temps et en tout lieu », l'employeur devait pouvoir communiquer avec eux⁶⁶. À l'inverse, on a considéré que les heures de garde effectuées par un agent de recherche sociosanitaire en sus de son horaire de travail régulier n'étaient pas des heures de travail supplémentaires devant être rémunérées à taux majoré au sens de la convention collective applicable. Même s'il devait « toujours être immédiatement rejoignable via son téléavertisseur et son téléphone cellulaire, avoir rapidement accès au contenu de sa valise de garde et être au besoin en mesure, dans l'heure qui suit un appel à cette fin, de se rendre d'urgence sur les lieux d'un sinistre ou d'une catastrophe », l'arbitre a jugé que ce salarié avait la possibilité de se livrer à toutes les activités de son choix pendant cette période et de se rendre là où il le désirait⁶⁷.

En vertu des règles actuelles, une période de disponibilité exécutée hors des lieux de travail ne donne donc pas droit à une rémunération. Certaines conventions collectives prévoient

⁶³ *Syndicat professionnel des infirmières et infirmiers du Bas St-Laurent et C.L.S.C. de l'Estran*, A.A.S. 90A-190, [1990] n° AZ-90145191 (T.A.) (requête en évocation rejetée), *Syndicat des infirmiers et infirmières de l'Est du Québec c. Côté*, D.T.E. 91T-332, [1991] n° AZ-91029030 (C.S.) (inscription en appel, C.A., 18-01-1991).

⁶⁴ *Rassemblement des employés techniciens ambulanciers-paramédics du Québec (FSSS-CSN) et Coopérative des employés techniciens ambulanciers de la Montérégie (CETAM)*, [2009] R.J.D.T. 277, D.T.E. 2009T-12 (T.A.), [2009] n° AZ-50521539 (T.A.), par. 64, (requête en révision judiciaire rejetée, C.S., 11-12-2009, 500-17-047098-085; requête pour permission d'appeler rejetée, C.A., 29-01-2010, 500-09-020322-103).

⁶⁵ Fernand MORIN, « Nouvelles technologies et la télésubordination du salarié », (2000) 55-4 *Relations industrielles / Industrial Relations* 725-743, 735.

⁶⁶ *Id.*, par. 62 et 65. Voir aussi : *C.N.T. c. Comité local de développement de l'Anse-à-Valleau*, D.T.E. 2004T-63, [2004] n° AZ-50209820 (C.Q.); *C.N.T. c. Boulangerie de Mailly inc.*, D.T.E. 2002T-114, [2002] n° AZ-50110065 (C.Q.); *C.N.T. c. Gaudette-Gobeil*, D.T.E. 93T-568, [1993] n° AZ-93031226 (C.Q.).

⁶⁷ *Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 2845 et Régie régionale de la santé et des services sociaux Mauricie-Bois Francs*, [1998] R.J.D.T. 1948, D.T.E. 98T-1098, [1998] n° AZ-98145141 (T.A.), p. 9 et 10. Voir aussi : *Montréal (Communauté urbaine de) et Syndicat professionnel des ingénieurs de la Ville de Montréal et de la Communauté urbaine de Montréal*, D.T.E. 2001T-104, [2001] n° AZ-01142009 (T.A.).

Guyline VALLÉE, « Les nouvelles formes d'emploi et le «brouillage» de la frontière entre la vie de travail et la vie privée : jusqu'où va l'obligation de disponibilité des salariés? »

Droits d'auteur et droits de reproduction. Toutes les demandes de reproduction doivent être acheminées à Copibec (reproduction papier) – (514) 288-1664 – 1(800) 717-2022.

licences@copibec.qc.ca

cependant des « primes de disponibilité » mais leurs conditions d'octroi ne sont pas encadrées par la loi et peuvent être assujetties à des critères très restrictifs : par exemple, on a jugé que le fait pour un employé, un agent de gestion financière au service de l'assistance financière aux sinistrés au ministère de la Sécurité publique, de devoir porter un téléavertisseur et être joint en permanence ne faisait pas de lui un salarié en disponibilité ayant droit au versement de la prime puisque ces obligations n'étaient pas assorties d'une obligation d'entrer au travail dans un court délai en cas d'appel⁶⁸.

N'étant pas du travail, peut-on considérer que ces périodes de disponibilité sont un temps de repos, au sens de l'article 78 de la *Loi sur les normes du travail* ? Cette question a été traitée dans le cadre de griefs, concentrés dans le secteur de la santé, concernant des travailleurs qui, en plus de leur horaire habituel de travail à temps plein étalé sur cinq jours par semaine, se voyaient imposer une obligation de garde ou de disponibilité pour les jours où ils ne travaillaient pas. Ces salariés recevaient une prime de disponibilité en contrepartie de cette obligation. La question que soulevaient ces griefs était la suivante : une telle pratique porte-t-elle atteinte à la norme minimale prévue à l'article 78 de la *Loi sur les normes du travail* ou à la norme conventionnelle plus favorable relative au repos hebdomadaire ? En exigeant de ces travailleurs qu'ils restent disponibles en sus de leur horaire de travail régulier à temps plein, pouvait-on considérer qu'ils bénéficiaient effectivement de la période de repos hebdomadaire à laquelle ils avaient droit ?

Certaines décisions reconnaissent que les obligations de garde ou de disponibilité à domicile viennent limiter la liberté dont une personne devrait disposer pendant ses jours de repos. En principe, lorsqu'une personne est en repos, elle :

« n'a aucun compte à rendre à son employeur quant à son emploi du temps. En période de repos hebdomadaire, une salariée est libre d'aller où elle veut et de faire ce que bon lui semble, ce qui n'est pas le cas d'une salariée en disponibilité, puisque cette dernière doit nécessairement

- 1. porter un «téléavertisseur» ou informer son employeur du numéro de téléphone auquel il peut la rejoindre ;*
- 2. être en mesure de se présenter au travail à l'intérieur d'une période de trente minutes, ce qui signifie, par exemple, qu'elle ne pourrait se rendre à son chalet ou chez des amis si l'une ou l'autre de ces destinations se trouve à plus de trente minutes de son travail ;*
- 3. être en mesure de travailler, ce qui implique, par exemple, qu'elle ne pourrait absorber de l'alcool, tant il semble aller de soi au tribunal qu'une infirmière travaillant en salle d'opération ne peut être le moins sous l'effet de la boisson, compte tenu de ses responsabilités.*

⁶⁸ *Syndicat des professionnelles et professionnels du gouvernement du Québec et Québec (Ministère de la Sécurité publique)*, D.T.E. 2007T-216, [2007] n° AZ-50416003 (T.A.).

Comment peut-on prétendre qu'une personne ainsi conditionnée est libre de ses mouvements et de son temps ? Si on reconnaît qu'elle ne l'est pas, comment peut-on soutenir qu'elle est en période de repos hebdomadaire. »⁶⁹

Pour ces raisons, une période de disponibilité n'équivaut pas à une période de repos. Lorsqu'elle s'ajoute à un horaire habituel de travail à temps plein, elle porte atteinte à la norme relative au repos hebdomadaire. Un salarié qui travaillerait à temps plein, cinq jours par semaine, et qui serait de garde les deux autres jours ne jouirait pas du repos hebdomadaire établi par la *Loi sur les normes du travail*, qui est une loi d'ordre public.

D'autres décisions, au contraire, considèrent que la période de disponibilité, de garde ou d'astreinte n'est pas une période de travail. Par conséquent, la norme du repos hebdomadaire prévue à l'article 78 de la *Loi sur les normes du travail* ou dans des clauses de convention collective n'est pas violée lorsqu'une telle période s'ajoute à l'horaire de travail à temps plein d'un salarié⁷⁰. Dans ces cas, on a tout de même considéré que le «salarié qui est de garde « ne bénéficie pas du même repos que celui qui ne l'est pas » et que « c'est la raison pour laquelle une prime est versée pour compenser cet inconvénient »⁷¹.

Les développements précédents montrent que la nature de la période pendant laquelle le salarié doit être disponible, soit en vertu de l'obligation de faire du temps supplémentaire, soit en vertu de périodes d'astreintes formalisées et bien définies par les conventions collectives, n'est pas clairement établie par les règles actuelles. Cette période n'est ni un temps de travail qui donnerait droit à une rémunération et qui serait prise en compte dans l'appréciation de la semaine normale de travail, ni un temps de repos où le salarié serait totalement libre de son emploi du temps. Les droits et obligations des parties pendant cette période ne sont pas clairs. Le salarié a l'obligation d'obéir sous peine de sanction disciplinaire et il n'a pas la faculté, à moins que le contrat de travail ou la convention collective ne le permette, de se déclarer à l'avance non disponible pour travailler au-delà de ses heures habituelles de travail. Aucune rémunération n'est due en contrepartie de cette obligation qui vient limiter parfois de manière importante les choix

⁶⁹ Extrait de *Centre hospitalier Reddy Memorial et Fédération des infirmières et des infirmiers du Québec (F.I.I.Q.)*, A.A.S. 95A-89, [1995] n° AZ-95145090 (T.A.) (requête en évocation rejetée, C.S., 05-06-1995 ; appel rejeté, C.A., 29-01-1996), cité dans : *Centre de santé de la Basse-Côte-Nord et Syndicat des infirmières et infirmiers du Nord-Est québécois*, D.T.E. 2004T-900, [2004] n° AZ-50265426 (T.A.), à la p. 14 (requête en révision judiciaire rejetée, C.S., 20-08-2004, 200-17-004729-042). Voir aussi : *Hôpital général de Montréal et Fédération des infirmières et infirmiers du Québec*, D.T.E. 2001T-1011, [2001] n° AZ-01145144 (T.A.).

⁷⁰ *Association professionnelle des technologistes médicaux du Québec et Centre hospitalier de Lachine*, A.A.S. 96A-260, [1996] n° AZ-96145276 (T.A.) (requête en évocation rejetée), *Association professionnelle des technologistes médicaux du Québec c. Fortier*, D.T.E. 97T-619, [1997] n° AZ-97029052 (C.S.); *Association professionnelle des technologistes médicaux du Québec et Centre hospitalier Lachine*, A.A.S. 97A-228, [1997] n° AZ-97145229 (T.A.).

⁷¹ *Association professionnelle des technologistes médicaux du Québec c. Fortier*, préc., note 70, p. 3.

Guyline VALLÉE, « Les nouvelles formes d'emploi et le «brouillage» de la frontière entre la vie de travail et la vie privée : jusqu'où va l'obligation de disponibilité des salariés? »

personnels du salarié, sauf si le contrat de travail ou la convention collective le prévoit. Dans plusieurs conventions collectives qui étaient l'objet des sentences arbitrales rapportées jusqu'à maintenant, les périodes de disponibilité, de garde ou d'astreinte étaient prévues explicitement, limitées dans le temps, réparties entre les salariés et sujettes au versement d'une prime. Elles soulevaient malgré tout des problèmes en ce qui concerne le droit au repos hebdomadaire, qui est pourtant une norme d'ordre public en vertu de la *Loi sur les normes du travail*... L'obligation de disponibilité, dans ces exemples, affectait les droits de salariés qui travaillent à temps plein suivant un horaire de travail régulier.

Or, il ne s'agit pas du seul contexte où s'impose l'obligation de disponibilité, d'astreinte ou de garde du salarié. Celle-ci s'applique aussi à des travailleurs salariés qui ne disposent pas d'un horaire de travail prévisible ou à temps plein. Il s'agit de salariés sur appel, occasionnels ou à temps partiel qui travaillent soit pour un seul employeur, soit pour une agence de location de personnel qui les affecte dans des missions pour différents clients. Ces travailleurs sont aussi assujettis à des obligations de disponibilité plus ou moins formalisées mais néanmoins régies par les règles générales que nous venons d'exposer. Les effets en sont cependant fort différents parce que ces salariés sont amenés à devoir consentir une disponibilité d'une envergure telle qu'elle outrepassa, parfois de manière importante, le temps de travail effectif – et rémunéré – qu'ils accomplissent en vertu de leur contrat de travail.

2. Le travail atypique et de nouvelles formes de contrôle du temps

La présente section s'intéresse aux effets de l'obligation de disponibilité qui s'impose aux salariés qui ne disposent pas d'un horaire habituel de travail. Ces salariés occupent des postes occasionnels, sur appel ou temporaires et les heures qu'ils peuvent être appelés à accomplir à la demande de l'employeur ne sont pas complémentaires ou accessoires à l'exécution d'une prestation de travail à temps plein suivant un horaire de travail régulier. Ils sont tenus d'être disponibles et de travailler lorsque les employeurs requièrent leurs services sans pour autant avoir une garantie d'être appelés au travail.

L'obligation de disponibilité de ces salariés, jumelée à l'évolution des nouvelles technologies, contribue fortement à la flexibilité que recherchent les employeurs qui ont recours à ces formes de travail atypiques⁷² parce qu'elle leur confère un important pouvoir de contrôle sur les temps qui se succèdent dans la vie d'un salarié et ce, souvent sans aucune contrepartie. Elle permet aux entreprises d'implanter un système de gestion du personnel s'apparentant au système du « *juste à temps* » aussi appliqué à la gestion des approvisionnements et de la production. L'entreprise fonctionne avec des effectifs réguliers réduits et fait appel aux services de salariés occasionnels ou temporaires lorsqu'elle en a besoin. Pour que ce système fonctionne et que

⁷² J. BERNIER, G. VALLEE et C. JOBIN, préc., note 9.

l'entreprise puisse garantir la livraison rapide de biens ou de services auprès de ses clients, elle doit cependant pouvoir compter sur une main-d'oeuvre disponible et rapidement mobilisable. L'obligation de disponibilité, dans ce contexte, est un fort instrument de gestion flexible.

Après avoir exposé quelques exemples d'obligations de disponibilité découlant de contrats individuels de travail, s'agissant de travailleurs atypiques non syndiqués (2.1.) ou de conventions collectives, pour les travailleurs atypiques syndiqués (2.2.), nous montrerons en quoi la disponibilité exigée de ces salariés est susceptible d'altérer leurs droits fondamentaux tout en échappant pratiquement complètement à l'application des normes minimales de travail (2.3.).

2.1. L'obligation de disponibilité des travailleurs occasionnels non syndiqués : exemples de contrats de travail

En contexte non syndiqué, l'aménagement de l'obligation de disponibilité des travailleurs temporaires, sur appel ou occasionnels découle du contenu explicite ou implicite du contrat de travail. Les exemples que nous avons réunis montrent que certains employeurs peuvent vouloir s'assurer, directement ou indirectement, de la disponibilité des salariés occasionnels, sur appel ou temporaires par des clauses d'astreinte, d'exclusivité des services ou de remboursement des frais de formation parfois jugées abusives (2.1.1.). Comme le montre une affaire récente, la portée de l'obligation de disponibilité du salarié occasionnel sur appel peut aussi signifier qu'il doit informer l'employeur des périodes où il s'engage à être disponible et se doter des moyens permettant à l'employeur de le rejoindre (2.1.2).

2.1.1. Clauses relatives à la disponibilité des salariés occasionnels

Les clauses des contrats individuels de travail examinées ici ont pour effet, directement ou indirectement, de réserver à un seul employeur, pour un période déterminée, la faculté de faire appel aux services d'un salarié occasionnel ou temporaire. Par l'effet de ces clauses, le salarié se trouve à la disposition exclusive d'un seul employeur. Plusieurs exemples ont été puisés dans la jurisprudence. En effet, lorsque le contrat de travail est un contrat d'adhésion, c'est-à-dire un contrat dont les stipulations essentielles ont été imposées par l'une des deux parties sans avoir été librement discutées⁷³, le tribunal peut, conformément à l'article 1437 du *Code civil du Québec*, annuler une clause jugée abusive parce qu'elle désavantage l'employé « *d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre de ce qu'exige la bonne foi* » ou parce qu'elle est « *si éloignée des obligations essentielles qui découlent des règles gouvernant habituellement le*

⁷³ C.c.Q., art. 1379.

Guyline VALLÉE, « Les nouvelles formes d'emploi et le «brouillage» de la frontière entre la vie de travail et la vie privée : jusqu'où va l'obligation de disponibilité des salariés? »

contrat qu'elle dénature celui-ci »⁷⁴. Peut aussi être jugée abusive une clause pénale par laquelle les parties ont évalué par anticipation les dommages - intérêts qui pourraient résulter de l'inexécution d'une obligation prévue au contrat⁷⁵. Or, plusieurs clauses d'astreinte, d'exclusivité de service ou pénales imposées à des salariés occasionnels, à temps partiel ou temporaires dans le cadre de contrats d'adhésion ont été examinées par les tribunaux, généralement la Division des petites créances de la Cour du Québec. Ces décisions sont notre principale source d'information, laquelle est complétée par différents travaux de recherche qui comportent aussi des exemples.

Il en est ainsi du premier exemple, une clause d'astreinte comprise dans un contrat conclu entre une agence de location de personnel et un salarié, repérée à l'occasion d'un travail de recherche sur l'application des normes minimales de travail aux salariés d'agences de location de personnel⁷⁶. En vertu de cette clause, le salarié s'engageait :

«... pour toute la durée de la convention :

- a) à être disponible aux heures normales d'ouverture de la cie cliente;*
- b) à être disponible jusqu'à dix (10) heures, les jours où il ne sera pas préalablement cédulé;*
- c) à être disponible à temps complet durant la période de estivale (juin, juillet, août), les fêtes (semaine de Noël et semaine du jour de l'an), la dernière semaine de février, la première semaine de mars, les semaines de relâche, les congés scolaires ainsi que les journées précédant et suivant un congé fériés;*

*Le candidat sera libre d'occuper un autre emploi en autant qu'il respecte les disponibilités énumérées ci-haut et qu'il accepte les assignations que l'Agence pourra lui proposer. »*⁷⁷

Le contrat ne comportait aucune contrepartie en échange de la disponibilité qui était exigée du salarié. Cette période de disponibilité était très étendue, puisqu'elle correspondait aux heures pendant lesquelles l'entreprise cliente de l'agence était elle-même en opération. En dépit du dernier alinéa de la clause, il paraît clair que le salarié aliénait en réalité, et sans aucune contrepartie, sa liberté de travail : il ne pouvait, concrètement, occuper un autre emploi.

⁷⁴ C.c.Q., art. 1437.

⁷⁵ C.c.Q., art. 1622.

⁷⁶ Véronique DE TONNANCOUR, *L'application des normes régissant la relation individuelle de travail aux salariés d'agence de location de personnel: une analyse empirique et juridique*, mémoire de maîtrise, Montréal, École de relations industrielles, Université de Montréal, 2007, p. 231; Véronique DE TONNANCOUR et Guylaine VALLÉE, «Les relations de travail tripartites et l'application des normes minimales du travail au Québec», (2009) 64-3 *Relations industrielles / Industrial Relations* 399-441.

⁷⁷ V. DE TONNANCOUR, préc., note 76, p. 186.

Les contrats individuels de travail peuvent aussi comporter des clauses qui, sans être formulées sous forme d'astreinte, ont un effet comparable : réserver la capacité de travail et la disponibilité d'un salarié pendant la durée du contrat de travail à un seul employeur. Il en est ainsi de clauses d'exclusivité de services, qui renforcent l'obligation de loyauté qui s'impose aux salariés en vertu du contrat de travail⁷⁸. Même si on s'attend généralement à retrouver ce genre de clauses dans des contrats de travail impliquant des salariés qualifiés, oeuvrant à temps plein et occupant un poste de haut niveau ou stratégique dans une organisation, il appert que ces clauses sont aussi négociées dans des contrats de travail impliquant des salariés plus ou moins qualifiés qui n'occupent pas un emploi à temps plein. Le même effet peut être recherché par des clauses imposant au salarié de rembourser les frais de sa formation s'il quitte son emploi avant la fin d'une période déterminée, sous réserve, nous le verrons, de leur conformité aux dispositions de la *Loi sur les normes du travail*.

Quatre exemples de clauses de ce genre sont tirés de contrats conclus entre un salarié et une agence de location de personnel. Dans l'affaire *Agence de placement Hélène Roy c. Rioux*⁷⁹, la salariée s'était engagée, pour toute la durée du contrat, soit une année, « à ne pas occuper un emploi dans une institution financière autrement que par l'entremise de l'agence et à ne pas exercer de fonctions ou offrir une prestation de travail auprès d'une institution financière de quelque façon que ce soit directement ou indirectement, autrement que par l'entremise de l'agence » et qu'à défaut de respecter cette obligation, elle était tenue, en vertu d'une clause pénale, de verser une pénalité de 1200\$ à l'agence⁸⁰. Cette clause d'exclusivité de service a été jugée abusive au sens de l'article 1437 du *Code civil du Québec*, puisqu'elle était imposée pour un travail à temps partiel et « sans contrepartie valable » de la part de l'agence, ce qui brimait le droit de la salariée « de gagner décemment sa vie, en la désavantageant de manière excessive et déraisonnable »⁸¹. La nullité de la clause d'exclusivité emportait la nullité de la clause pénale qui lui était rattachée.

Tel était aussi l'effet, a estimé la Cour, de la clause litigieuse dans l'affaire *Fédération des caisses Desjardins du Québec c. Roy*⁸². Les faits de cette affaire démontraient que la Fédération jouait, auprès des différentes composantes du Réseau Desjardins, un rôle qui s'apparentait à celui d'une agence de location de personnel spécialisé. En vertu de l'entente entre les parties, le salarié, un employé temporaire, accédait à un programme de formation à la fonction de directeur des comptes aux entreprises qui devait lui permettre, une fois complétée, de combler sur une base temporaire ou permanente des postes de directeur au sein de caisses populaires ou de centres financiers rattachés au réseau Desjardins. Une clause pénale prévoyait que si le salarié démissionnait de l'équipe de remplacement dans les trois ans qui suivaient la fin de sa formation,

⁷⁸ C.c.Q., art. 2088; P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLEE, préc., note 15, p. 358.

⁷⁹ *Agence de placement Hélène Roy c. Rioux*, [1997] R.L. 297, [1997] n° AZ-97121024 (C.Q.).

⁸⁰ *Id.*, p. 299. Voir aussi : J. BERNIER, G. VALLÉE et C. JOBIN, préc., note 9, p. 494.

⁸¹ *Agence de placement Hélène Roy c. Rioux*, préc., note 79, p. 302.

⁸² *Fédération des caisses Desjardins du Québec c. Roy*, D.T.E. 2004T-1161, [2004] n° AZ-50281433 (C.Q.).

Guyline VALLÉE, « Les nouvelles formes d'emploi et le «brouillage» de la frontière entre la vie de travail et la vie privée : jusqu'où va l'obligation de disponibilité des salariés? »

Droits d'auteur et droits de reproduction. Toutes les demandes de reproduction doivent être acheminées à Copibec (reproduction papier) – (514) 288-1664 – 1(800) 717-2022.

licences@copibec.qc.ca

il devait rembourser une partie des coûts reliés à celle-ci, notamment la rémunération qu'il avait reçue pendant cette période⁸³. À la suite du refus du salarié de pourvoir à un remplacement dans une caisse populaire parce qu'il avait trouvé un autre emploi, l'employeur a intenté une poursuite contre le salarié pour un montant de 16500 \$ en application de cette clause pénale. Le tribunal a estimé que cette clause n'était pas applicable parce que l'employeur n'avait pas respecté son obligation de fournir au salarié du travail de « *façon quasi-continue* »⁸⁴. L'employeur n'ayant rien proposé au candidat sur une période de plus de six mois, la Cour a estimé que l'on ne pouvait reprocher au salarié « *d'avoir cherché à gagner sa vie et à obtenir un emploi à la hauteur de son diplôme* »⁸⁵.

Dans l'affaire *Richard c. Accès ressources Ltée*⁸⁶, le contrat entre l'agence de location de personnel et la salariée comportait aussi une clause en vertu de laquelle la salariée acceptait de travailler exclusivement pour l'agence, sur appel seulement, et de ne pas pouvoir occuper un autre emploi sans l'autorisation préalable de celle-ci. La salariée n'ayant jamais été appelée au travail, elle a poursuivi l'agence de location de personnel pour une somme de 3 000 \$ pour perte de revenus résultant de fausses représentations. La Cour du Québec a estimé que l'agence « *a fait perdre un mois et demi de temps à la requérante qui, étant liée de façon exclusive envers elle, plutôt que de se chercher du travail ailleurs, a attendu patiemment un appel de l'intimée, appel qui n'est jamais venu* » et a condamné l'agence, pour cette perte d'opportunité découlant de sa faute, à verser une compensation de 300\$⁸⁷.

Enfin, l'affaire *Solution Nursing LFC inc. c. Paillé*⁸⁸ concernait une clause d'exclusivité de service et une clause pénale prévue dans un contrat liant une agence offrant des services infirmiers dans des établissements de santé du Grand Nord et un infirmier. L'agence gérait une banque d'infirmiers dont les services étaient mis à disposition des établissements de santé du Grand Nord. En contrepartie de la formation qu'elle procurait aux infirmiers dont le nom figurait dans cette banque, l'agence exigeait l'exclusivité de leurs services en régions éloignées pour une période de 18 mois, clause assortie d'une clause pénale de 8000\$. Un infirmier a été poursuivi par l'agence, qui lui réclamait le montant de cette clause, après qu'il ait accepté une assignation de travail dans le Grand Nord avec une agence concurrente. La Chambre civile de la Cour du Québec, estimant la clause d'exclusivité de service et la clause pénale n'étaient pas abusives au sens de l'article 1437 du *Code civil du Québec*, a accueilli la demande de l'agence. La Cour a estimé que la clause d'exclusivité était justifiée afin de protéger l'agence, qui était la seule à

⁸³ Voir cependant l'article 57 par. 4 de la *Loi sur les normes du travail* qui précise que le salarié est réputé au travail, et qu'il doit par conséquent être rémunéré, durant toute période de formation exigée par l'employeur.

⁸⁴ *Id.*, par. 41.

⁸⁵ *Id.*, par. 31.

⁸⁶ *Richard c. Accès ressources Ltée*, 2002 IIJCan 15280 (QC C.Q.), D.T.E. 2003T-102, [2002] n° AZ-50157520 (C.Q.), par. 13.

⁸⁷ *Id.*, par.14.

⁸⁸ *Solution Nursing LFC inc. c. Paillé*, 2008 QCCQ 1682, [2008] n° AZ-50480165 (C.Q.).

procurer une telle formation, contre d'éventuels abus de la part d'infirmiers tentés de profiter de la formation dispensée par elle pour ensuite travailler pour d'autres agences. La clause pénale reflétait d'ailleurs l'investissement consenti par l'agence en termes de formation. La Cour ajoutait que « la clause d'exclusivité n'empêchait d'ailleurs aucunement le défendeur d'exercer sa profession d'infirmier pour une autre agence durant le contrat, en autant que ce ne soit pas dans le Grand Nord » et que « la preuve a révélé que les contrats de travail dans le Grand Nord sont particulièrement lucratifs, que la demande de main-d'œuvre était à ce point élevée que le défendeur pouvait travailler à plein temps sans compter le fait qu'il n'aurait pas eu les qualifications nécessaires sans la formation dont il a profité »⁸⁹. Notons que le salarié en cause, sans bénéficier d'une garantie d'heures de travail, avait pu travailler à temps plein pendant la période visée par la clause d'exclusivité, ce qui n'était pas le cas des autres exemples examinés.

Des clauses ayant un effet comparable sur la disponibilité du salarié occasionnel ou temporaire sont aussi négociées dans des contrats ne mettant pas en cause des agences de location de personnel. Dans l'affaire *Vadnais c. Lepage*⁹⁰, le contrat prévoyait que la salariée devait rembourser le coût des cours de formation en électrolyse avancés par l'employeur si elle ne demeurait pas à son service pendant une période de quatre ans. La salariée ayant quitté son emploi après huit mois parce que l'employeur ne lui offrait pas suffisamment d'heures de travail, l'employeur avait saisi le tribunal pour obtenir le remboursement des coûts de la formation. La Cour du Québec a estimé que cette clause de remboursement des avances de formation liée à une période obligatoire de travail de quatre ans, alors que le nombre d'heures de travail garanti par l'employeur n'était pas stipulé au contrat, était abusive. S'agissant d'une clause abusive, les obligations qui en découlaient étaient réductibles et la salariée a été condamnée à rembourser 1000 \$ au lieu des 2300 \$ que lui réclamait l'employeur.

Enfin, dans l'affaire *Neblina Spa enr. c. Chondrozumakis*⁹¹, la disponibilité exigée de la salariée a aussi été considérée dans l'appréciation du caractère abusif du contrat. En dépit de la qualification que les parties avaient donnée à leur contrat – un contrat de bail par lequel le locateur, un salon de coiffure, louait une chaise et une station de coiffure à une coiffeuse en échange d'un loyer de 300\$ et de commissions diverses – la Cour du Québec a considéré qu'il s'agissait d'un contrat de travail et d'un contrat d'adhésion. Outre les obligations qui témoignaient de l'existence d'un lien de subordination entre les parties (notamment un code vestimentaire et des obligations de comportements imposées par le «locateur-employeur»), la preuve révélait que l'employeur exigeait de la coiffeuse qu'elle soit présente les jours de la semaine, alors que cet horaire ne lui avait pas permis d'avoir des revenus couvrant ses dépenses. L'employeur ayant refusé d'aménager l'horaire de travail de manière à permettre à la salariée de travailler ailleurs et de boucler son budget, la salariée avait résilié le contrat sans donner le préavis de trois mois qui y

⁸⁹ *Id.*, par. 8.

⁹⁰ *Vadnais c. Lepage*, 2004 CanLII 4889 (QC C.Q.), [2004] n° AZ-50264439 (C.Q.).

⁹¹ *Neblina Spa enr. c. Chondrozumakis*, 2004 CanLII 16340 (QC C.Q.), D.T.E. 2004T-319, [2004] n° AZ-50221274 (C.Q.).

Guylaine VALLÉE, « Les nouvelles formes d'emploi et le «brouillage» de la frontière entre la vie de travail et la vie privée : jusqu'où va l'obligation de disponibilité des salariés? »

Droits d'auteur et droits de reproduction. Toutes les demandes de reproduction doivent être acheminées à Copibec (reproduction papier) – (514) 288-1664 – 1(800) 717-2022.

licences@copibec.qc.ca

était prévu. La Cour a considéré que le refus de l'employeur d'aménager l'horaire de travail de la coiffeuse en dépit des déficits répétés qui en découlaient pour elle était un motif sérieux de résiliation du contrat sans préavis. La clause de résiliation imposant un préavis de trois mois était au surplus nettement abusive parce que conclue entre « *une partie expérimentée qui impose ses conditions à une travailleuse sans expérience, qui s'y soumet sans véritable choix* »⁹². La réclamation de l'employeur pour obtenir le montant correspondant à trois mois de loyer a été rejetée.

Il faut noter que la légalité de certaines de ces clauses est incertaine en vertu de la *Loi sur les normes du travail*, qui dispose depuis 2002⁹³ qu'un employeur « *ne peut exiger d'un salarié une somme d'argent pour payer des frais reliés aux opérations et aux charges sociales de l'entreprise* »⁹⁴ et qu'il « *est tenu de rembourser au salarié les frais raisonnables encourus lorsque, sur demande de l'employeur, le salarié doit effectuer un déplacement ou suivre une formation* »⁹⁵. La Loi précise aussi que le salarié est réputé au travail durant toute période de formation exigée par l'employeur⁹⁶ et qu'il doit par conséquent être rémunéré. Il a été jugé que le fait pour un employeur d'exiger le remboursement des frais d'une formation obligatoire qui ne constituait pas un « *actif personnel* » que le salarié aurait pu faire valoir dans un autre emploi était contraire à la *Loi sur les normes du travail*⁹⁷. Le contrat de travail peut cependant prévoir l'obligation du salarié qui quitte son emploi avant un terme ou une période déterminés de rembourser à l'employeur les frais d'une formation dont il peut tirer bénéfice dans le cadre d'un autre emploi sauf, s'agissant d'un contrat d'adhésion, si la clause de remboursement ou la clause pénale est abusive⁹⁸.

⁹² *Id.*, par. 23.

⁹³ Loi modificative, préc., note 36, art. 51 et 52 ; ajoutant les articles 85.1 et 85.2 à la L.n.t.

⁹⁴ L.n.t., art. 85.1 al. 3.

⁹⁵ L.n.t., art. 85.2. Sur la légalité incertaine de ces clauses de remboursement de formation, compte tenu de cet article de la Loi : Jean-Yves BRIERE, « Les frais de formation : remboursables ou non ? », (2009) 11-4 *Bulletin CCH Travail* 2.

⁹⁶ L.n.t., art. 57 par. 4.

⁹⁷ Voir, dans des affaires qui ne concernent pas des salariés occasionnels sur appel : *Grenier Chayer et Atelka inc.* 2010 QCCRT 0128, D.T.E. 2010T-240; *Services d'inspection BG inc. c. Duclos* 2008 QCCQ 11665, D.T.E. 2009T-27 (requête pour permission d'appeler rejetée, C.A., 10-12-2008, 500-09-019205-087).

⁹⁸ Voir, dans des affaires qui ne concernent pas des salariés occasionnels sur appel : *Citébourg inc. c. Bétit*, 2110 QCCQ 245, [2010] n° AZ-50600771 (C.Q., Clause pénale abusive) ; *Pascan Aviation inc. c. Di Marzio*, 2009 QCCS 4, D.T.E. 2009T-87 (clause pénale non abusive).

2.1.2. Portée de l'obligation de disponibilité

Jusqu'où va l'obligation de disponibilité du salarié occasionnel sur appel? Dans une affaire récente, les propos d'un arbitre suggèrent que cette obligation ne se limite pas à l'exécution par le salarié des heures de travail que l'employeur lui demande d'accomplir mais qu'il doit aussi faire connaître à l'employeur les périodes où il est disponible et s'assurer d'être facilement joignable⁹⁹. Le salarié en cause, non syndiqué, occupait un poste d'opérateur de chariot élévateur pour le chargement de bateaux. Il s'agissait d'un poste occasionnel sur appel, l'employeur faisant appel à ses services au besoin, selon l'accostage des navires. Le salarié a été sanctionné à cause de son manque de disponibilité. L'employeur ne lui reprochait non pas d'occuper un autre emploi, mais plutôt, notamment, son omission de faire connaître sa disponibilité et sa difficulté à le joindre :

« L'employeur connaissait et acceptait le fait que le plaignant pouvait occuper un autre emploi. Il avait d'ailleurs accepté que le plaignant interrompe son emploi pour travailler sur le chantier de l'agrandissement de l'usine Alouette.

[49] Toutefois, en contrepartie, cela signifie que le plaignant avait l'obligation de faire connaître à l'employeur ses disponibilités, et surtout qu'il fasse le nécessaire pour que l'employeur puisse le rejoindre s'il avait besoin de ses services. [...]

[52] Les explications du plaignant quant à l'utilisation de sa boîte vocale et d'un téléphone cellulaire ne sont pas convaincantes. Lorsqu'une personne occupe un emploi sur appel, il est important qu'elle s'assure que l'employeur soit en mesure de la rejoindre pour lui offrir du travail. Dans le cas contraire, il n'est pas interdit de penser que cette personne n'est pas intéressée par le travail que l'employeur pourrait lui offrir [...].

[53] Si tel était le cas, le plaignant aurait dû en parler en toute transparence avec son employeur pour obtenir son accord. La preuve révèle que l'employeur n'était pas fermé à ce genre d'arrangement. Cependant, l'employeur a besoin de pouvoir planifier ses besoins de main-d'oeuvre; pour ce faire, il lui est nécessaire d'obtenir toute la collaboration des employés occasionnels. »¹⁰⁰

[Nos soulèvements]

Cet extrait de la sentence arbitrale soulève des questions particulières. L'obligation de disponibilité du salarié implique-t-elle qu'il lui revient de se doter d'instruments lui permettant

⁹⁹ Bourdages et Logistec Corporation, 2010 EXPT-245, [2010] n° AZ-50589627 (T.A.).

¹⁰⁰ *Id.*, par. 48-52.

Guylaine VALLÉE, « Les nouvelles formes d'emploi et le «brouillage» de la frontière entre la vie de travail et la vie privée : jusqu'où va l'obligation de disponibilité des salariés? »

d'être joignable par l'employeur ? Lui revient-il d'assumer les coûts d'un téléphone cellulaire permettant à l'employeur de le joindre? A-t-il la responsabilité de consulter fréquemment (et à quelle fréquence) sa boîte vocale?

En l'espèce, la plainte du salarié pour congédiement injuste était fondée sur l'article 240 du *Code canadien du travail*¹⁰¹, et non sur l'article 124 de la *Loi sur les normes du travail*, l'entreprise étant assujettie à la compétence législative fédérale. La plainte du salarié a été rejetée, l'arbitre ayant considéré que la sanction imposée par l'employeur, la rétrogradation du salarié au bas de la liste d'ancienneté des salariés occasionnels, n'était pas un congédiement et qu'il n'avait par conséquent pas compétence pour en examiner le bien-fondé. En milieu syndiqué, il reviendrait à l'arbitre de grief d'apprécier la proportionnalité de la sanction imposée par l'employeur, dans la mesure cependant où le salarié occasionnel ne se trouve pas exclu de la procédure de grief¹⁰².

2.2. L'obligation de disponibilité des travailleurs occasionnels syndiqués : exemples de conventions collectives

Les conventions collectives comprennent aussi des clauses qui assujettissent des travailleurs occasionnels, sur appel ou temporaires à des obligations de disponibilité définies de façon plus ou moins détaillée. Les exemples présentés, tirés de la jurisprudence arbitrale, ont été retenus parce qu'ils illustrent deux modèles différents de gestion de la disponibilité de ces salariés (2.2.1.) ainsi que la portée et les limites d'une telle obligation (2.2.2).

2.2.1. Clauses relatives à la disponibilité des salariés occasionnels

Le premier exemple est tiré de la sentence arbitrale rendue dans l'affaire *Syndicat des travailleurs d'Environnement Godin-CSN et Environnement Godin inc.*¹⁰³ qui portait sur le congédiement d'un salarié sur appel à qui l'employeur reprochait son manque de disponibilité. L'employeur était une entreprise de nettoyage industriel opérant en continu, 24 heures par jours et 7 jours par semaine. L'assignation du travail se faisait par ordre d'ancienneté, ce qui faisait en

¹⁰¹ *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985) ch. L-2. Sur les caractéristiques de ce recours : Pierre E. MOREAU et Catherine MASSÉ-LACOSTE, « Terminaison du lien d'emploi dans les entreprises de compétence législative fédérale », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit du travail », *Rapports individuels et collectifs du travail*, fasc. 29, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles.

¹⁰² Sur la nature et la fréquence de ces clauses d'exclusion : Jean BERNIER, « Les conventions collectives et les emplois atypiques », (2007) 4-1 *Regards sur le travail* 2.

¹⁰³ *Syndicat des travailleurs d'Environnement Godin-CSN et Environnement Godin inc.*, préc. note 58; voir aussi : R. PERREAULT, préc., note 58.

sorte que les salariés moins anciens comme le plaignant travaillaient sur appel, surtout sur les quarts de nuit et les fins de semaine. L'employeur desservait un important client pour lequel «*il [était] en situation d'urgence en tout temps*», ce qui explique que les employés «*[devaient] être à l'intérieur d'un délai d'une heure au bureau et d'une heure et demie aux installations du client* »¹⁰⁴. Pour atteindre cet objectif, la convention collective comportait des clauses établissant des obligations de résidence, lesquelles n'étaient pas l'objet du grief¹⁰⁵ et des obligations de disponibilité. Les faits établis en preuve devant l'arbitre montraient que «*[l]es employés [devaient] être disponibles 24 heures sur 24 – 7 jours sur 7, sinon on [comptabilisait] les refus et s'il y en a trop, on [avisait].* »¹⁰⁶ Les travailleurs étaient généralement avisés entre 15 h 00 et 16 h 00 de l'heure à laquelle ils devaient travailler le jour même, de soir ou de nuit, mais il était fréquent qu'ils soient avisés seulement une heure à l'avance, «*l'employeur devant répondre aux demandes ponctuelles du donneur d'ouvrage.* »¹⁰⁷

Le plaignant, travailleur sur appel depuis mai 2005, a été congédié en août 2007. Depuis novembre 2006, il avait la garde partagée de sa fille de trois ans. Il ne pouvait satisfaire à la disponibilité exigée de l'employeur depuis juin 2007, moment où il avait perdu sa gardienne sans être capable, en dépit de ses efforts, d'en trouver une autre lorsqu'il était appelé à travailler de soir ou de nuit les semaines où il avait la garde de sa fille. Entre juin et août 2007, il a dû refuser de travailler de nuit ou de soir pour cette raison, refus qui ont été sanctionnés par un avertissement, une suspension de trois jours, une suspension de deux semaines et finalement, le congédiement. Le syndicat prétendait qu'il s'agissait d'un congédiement discriminatoire et que, par conséquent, l'employeur avait une obligation d'accommodement envers le plaignant. L'employeur pour sa part, rappelait qu'il opérait de façon continue, 24 heures par jour et 7 jours par semaine, et que le travail sur appel requérait dans ce contexte une disponibilité que le plaignant n'était plus en mesure de lui fournir.

Après avoir rappelé que l'obligation fondamentale du salarié, en vertu de l'article 2088 du *Code civil du Québec*, est d'exécuter sa prestation de travail et que cette obligation comprend la disponibilité requise par la nature de l'emploi, l'arbitre a estimé que la fonction occupée par le plaignant exigeait «*une disponibilité pour entrer travailler sur appel et particulièrement pour travailler de soir et de nuit* »¹⁰⁸. L'arbitre a estimé que le congédiement n'était pas discriminatoire - la garde partagée n'étant pas un motif de discrimination prohibé par l'article 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne* - et que l'employeur n'avait par conséquent aucune obligation d'accommodement à l'égard du plaignant. Considérant le fait que celui-ci fournissait une bonne prestation de travail «*quand il [était] présent* », l'arbitre a décidé de lui donner une dernière chance, d'annuler le congédiement et d'y substituer une suspension disciplinaire de 6 mois, tout

¹⁰⁴ *Id.* par. 15.

¹⁰⁵ *Id.*, par. 45.

¹⁰⁶ *Id.*, par. 17.

¹⁰⁷ *Id.*, par. 12.

¹⁰⁸ *Id.*, par. 51.

en précisant que le plaignant devra être disponible pour travailler lors de la première assignation qu'il recevra après sa suspension disciplinaire « *puisque'il s'agit pour lui d'une dernière chance de fournir sa prestation de travail et conserver son emploi* »¹⁰⁹.

Le deuxième exemple de gestion de la disponibilité des salariés temporaires syndiqués provient d'une grande entreprise, la Société canadienne des postes. Lors du renouvellement de la convention collective entre la *Société canadienne des postes* et le *Syndicat des travailleurs et travailleuses des postes* en 2003, certaines modalités de gestion de la liste des travailleurs temporaires sur appel ont été modifiées en profondeur, dans ce qui paraît être un désir d'« épurer » les listes de rappel existantes. Désormais, la clause de la convention collective prévoyait que « *l'employée ou l'employé temporaire perd son emploi lorsqu'elle ou il n'a pas fait preuve d'une disponibilité raisonnable dans l'acceptation des affectations de travail pendant toute période de six (6) mois consécutifs à la suite de la signature de la convention collective* »¹¹⁰. Contrairement à ce que permettait la convention collective précédente, les employés temporaires ne pouvaient plus se déclarer non disponibles pendant une période déterminée. Leur disponibilité était appréciée sur la base de la liste de rappel sur laquelle ils apparaissaient (l'entreprise ayant des listes de rappel différentes pour le quart du soir ou les week-ends notamment). Dès l'entrée en vigueur de la convention en 2003, l'employeur avait informé le personnel de l'existence de cette nouvelle clause et avisé personnellement les travailleurs temporaires dont le taux d'acceptation était inférieur à 50% de son insatisfaction en leur rappelant l'obligation de disponibilité raisonnable désormais prévue à la convention collective.

L'application de cette nouvelle clause a donné lieu à plusieurs griefs dans lesquels des salariés temporaires contestaient la perte de leur emploi au motif que leur disponibilité n'était pas raisonnable¹¹¹. Deux de ces sentences arbitrales ont été l'objet de jugements de la Cour supérieure en révision judiciaire¹¹², eux-mêmes l'objet d'un arrêt de la Cour d'appel du Québec.

La Cour d'appel a estimé qu'il revenait aux arbitres de grief d'apprécier, au cas par cas, ce qu'était une *disponibilité raisonnable* en l'absence de définition dans la convention collective¹¹³

¹⁰⁹ *Id.*, par. 67.

¹¹⁰ Clause reproduite dans : *Syndicat des travailleuses et travailleurs des postes c. Société canadienne des postes*, 2008 QCCA 1232, D.T.E. 2008T-569, [2008] n° AZ-50498526 (C.A.), par. 3.

¹¹¹ Voir notamment : *Syndicat des travailleuses et travailleurs des postes et Société canadienne des postes*, D.T.E. 2005T-787, [2005] n° AZ-50328733 (T.A., arb. R. Blouin) ; *Syndicat des travailleuses et travailleuses des postes et Société canadienne des postes*, 2006 CanLII 20859, [2006] n° AZ-50379114 (T.A., arb. D. Sabourin), conf. par *Syndicat des travailleuses et travailleurs des postes c. Société canadienne des postes*, préc., note 110 ; *Syndicat des travailleuses et travailleurs des postes et Société canadienne des postes*, D.T.E. 2006T-805, [2006] n° AZ-50387572 (T.A., arb. A. Rousseau), conf. par *Syndicat des travailleuses et travailleurs des postes c. Société canadienne des postes*, préc., note 110.

¹¹² *Société canadienne des postes c. Sabourin*, 2007 QCCS 4508, [2007] n° AZ-50453106 (C.S.) ; *Société canadienne des postes c. Rousseau*, 2007 QCCS 4497, D.T.E. 2007T-866, [2007] n° AZ-50452438 (C.S.).

¹¹³ *Syndicat des travailleuses et travailleurs des postes c. Société canadienne des postes*, préc., note 110, par. 9.

et que les tribunaux supérieurs ne pouvaient intervenir que si l'interprétation des arbitres était déraisonnable. Les arbitres, dans les dossiers en cause, avaient appliqué les principes découlant d'une première sentence arbitrale rendue par l'arbitre Rodrigue Blouin, qui considérait que le point de repère fixé par l'employeur, soit une disponibilité de 50% sur une période de six mois, était « *plus qu'acceptable* » et qu'il « *est parfaitement justifié et normal pour l'employeur d'exiger la meilleure assiduité possible* »¹¹⁴. Suivant la Cour d'appel, l'interprétation des arbitres dans les sentences en cause n'était pas déraisonnable puisque « *[q]uelqu'un qui se rend indisponible la majorité du temps où il est censé être disponible n'a pas une disponibilité raisonnable* »¹¹⁵. S'agissant d'une mesure administrative (ainsi que l'établissait la sentence de l'arbitre Blouin), les arbitres ne pouvaient substituer leur appréciation à celle de l'employeur dans la détermination de la mesure imposée, d'autant que la convention collective la prévoyait explicitement. Ils pouvaient cependant intervenir s'il était démontré que l'employeur avait exercé ses droits de direction de manière déraisonnable.

2.2.2. Portée et limites de l'obligation de disponibilité

Ces exemples illustrent les différences qui peuvent exister dans les politiques de gestion de la disponibilité des salariés occasionnels ou sur appel quant aux **motifs** qui peuvent justifier leur refus de se présenter au travail à la suite d'une demande de l'employeur. Si certaines conventions collectives sont silencieuses sur les motifs de refus, d'autres en donnent une liste limitative comme le fait la convention collective de la *Société canadienne des postes*. Celle-ci prévoit que l'obligation de disponibilité du salarié sur appel ne s'applique pas « à toute période pendant laquelle l'employée ou l'employé est invalide, prend un congé de maternité, parental, d'adoption ou pour fonctions syndicales non payé, à la condition cependant qu'un avis écrit ait été donné au préalable à la Société »¹¹⁶. Il reste que les salariés syndiqués bénéficient, comme les autres salariés, des congés et des motifs d'absence et de refus découlant des lois d'ordre public. C'est pourquoi il est étonnant que, dans le premier exemple, le grief n'ait pas été examiné sous l'angle d'une discrimination fondée sur l'état civil, motif qui a été interprété assez largement par les tribunaux dans d'autres circonstances¹¹⁷ et qui aurait pu justifier le refus d'obéir du salarié et fonder l'obligation d'accommodement de l'employeur.

¹¹⁴ Voir la sentence rendue par l'arbitre R. Blouin : *Syndicat des travailleuses et travailleurs des postes et Société canadienne des postes*, préc., note 111, par. 80 et 81.

¹¹⁵ *Syndicat des travailleuses et travailleurs des postes c. Société canadienne des postes*, préc., note 110, par. 18.

¹¹⁶ Clause reproduite dans la sentence de l'arbitre D. Sabourin : *Syndicat des travailleurs et travailleuses des postes et Société canadienne des postes*, préc., note 111, par. 10.

¹¹⁷ C. BRUNELLE, préc., note 58, p. 60.

Guyline VALLÉE, « Les nouvelles formes d'emploi et le «brouillage» de la frontière entre la vie de travail et la vie privée : jusqu'où va l'obligation de disponibilité des salariés? »

Droits d'auteur et droits de reproduction. Toutes les demandes de reproduction doivent être acheminées à Copibec (reproduction papier) – (514) 288-1664 – 1(800) 717-2022.

licences@copibec.qc.ca

Ces exemples illustrent aussi l'étendue très variable de l'obligation de disponibilité des salariés temporaires, occasionnels ou sur appel régis par convention collective. L'appréciation de la **période** pendant laquelle le travailleur temporaire « *est censé être disponible* » est-elle délimitée par la période où il s'est déclaré disponible¹¹⁸ ? Est-elle limitée par l'existence de plusieurs listes de rappel segmentées (listes de rappel différentes pour le soir, les week-ends, la nuit) qui viennent limiter l'étendue de l'obligation de disponibilité du salarié à la période couverte par la liste sur laquelle son nom apparaît ? Ou correspond-elle plutôt, comme dans le premier cas, à la période où l'entreprise elle-même est active et susceptible de solliciter ses services ? La détermination de cette période n'est pas sans incidence sur l'**intensité** de l'obligation de disponibilité qui pèse sur le salarié, comme le montre un exemple récent concernant un chauffeur d'autobus travaillant sur appel pour une compagnie de transport de passagers congédié après qu'il ait obtenu un résultat positif à un test de dépistage de drogue¹¹⁹. La preuve démontrait que le salarié était un fumeur occasionnel n'ayant pas de problèmes de dépendance aux drogues, qu'il avait consommé de la marijuana cinq jours avant une affectation pour un voyage à Halifax, que rien ne permettait de conclure que ses facultés étaient affaiblies lors de cette affectation et que le test aléatoire avait été fait le lendemain du jour où il avait consommé, soit quatre jours avant cette affectation, alors qu'il n'était pas en service. L'arbitre a estimé malgré tout que la politique de tolérance zéro de l'employeur à l'égard des drogues et de l'alcool ne portait pas atteinte à la vie privée du salarié même si elle était applicable en tout temps, d'autant « *que le chauffeur est sur appel et qu'il doit être disponible en tout temps* »¹²⁰. L'intensité de l'obligation qui pèse sur le salarié sur appel dans un tel cas est très lourde : il ne doit *jamais* consommer d'alcool et de drogue puisqu'il doit être disponible en tout temps au cas où il serait appelé au travail.

2.3. Les effets de l'obligation de disponibilité des travailleurs occasionnels

Les exemples présentés précédemment montrent que les obligations de disponibilité des salariés temporaires, occasionnels ou sur appel, même si elles prennent plusieurs formes, ne sont pas un phénomène marginal. Or, ces obligations ne sont pas sans effets sur les salariés : elles échappent pratiquement complètement à l'application des normes minimales de travail relatives à

¹¹⁸ Voir par exemple : *Centre hospitalier de la Région de l'amiante et Association professionnelle des inhalothérapeutes du Québec*, D.T.E. 2001T-480, [2001] n° AZ-01145023 (T.A.); *Fondation du Théâtre du Nouveau Monde et Section locale 145 du Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier (SCEP)*, D.T.E. 2008T-932, [2008] n° AZ-50519037 (T.A.). Exemple d'une clause où le salarié doit offrir une disponibilité minimale de deux jours par semaine à l'avance, afin qu'elle soit connue, utile et prévisible pour l'employeur : *Syndicat des travailleurs de Partagec (FSSS-CSN) et Partagec inc.*, D.T.E. 2009T-631, [2009] n° AZ-50568084 (T.A.).

¹¹⁹ *Union des employées et employés de service, section locale 800 et Autobus Fleur de Lys*, D.T.E. 2009T-15, [2009] n° AZ-50523579 (T.A.).

¹²⁰ *Id.*, par. 83.

la durée du travail (2.3.1.). Elles peuvent porter atteinte à la liberté de travail de ces personnes (2.3.2.) ainsi qu'à leur droit au respect de la vie privée (2.3.3.).

2.3.1. Des normes minimales inadéquates

En dépit du caractère contraignant de la disponibilité qui leur est imposée - un manquement pouvant entraîner une mesure disciplinaire pouvant aller jusqu'au congédiement ou l'application d'une clause pénale s'agissant de certains contrats individuels de travail - la durée de la période de disponibilité d'un travailleur temporaire échappe complètement, à l'heure actuelle, à l'application des règles régissant la durée de travail.

Or, dans certains cas, la période de disponibilité du salarié est largement définie, à tel point qu'elle correspond en fait aux heures d'ouverture ou d'opération de l'entreprise. S'agissant d'une entreprise de vente au détail ou d'une entreprise manufacturière en opération continue, cela signifie que le salarié peut virtuellement être appelé au travail à tout moment ou presque, selon les besoins de l'entreprise. Cette disponibilité n'étant pas assimilée à un temps de travail, elle n'est pas rémunérée et les règles relatives à la semaine normale de travail¹²¹ ou à la durée maximale de travail¹²² ne lui sont pas applicables. Virtuellement, le salarié pourrait, sans rémunération, devoir être disponible sept jours sur sept. Ce même salarié pourrait ne pas jouir d'un repos hebdomadaire, c'est-à-dire d'une période minimale de 32 heures consécutives par semaine, la jurisprudence étant incertaine quant à savoir si une période d'astreinte, de garde ou de disponibilité peut être considérée comme étant un repos. On le voit, sous réserve de la *Charte des droits et libertés de la personne* encore peu appliquée dans de tels cas, et des conventions collectives, rien ne balise, pour ces travailleurs, les *périodes où ils peuvent ne pas être disponibles*. Il existe pour ces salariés un *troisième temps* qui comporte des obligations mais qui n'est source d'aucuns droits, sauf celui d'être éventuellement appelés au travail (et, dans certains cas, de toucher une prime). Ce troisième temps peut être proportionnellement plus important que le temps de travail effectif que ces salariés accomplissent en vertu de leur contrat de travail.

¹²¹ La durée de la semaine normale de travail est de 40 heures : L.n.t., art 52.

¹²² Cette durée est de 12 heures par période de 24 heures s'agissant d'un salarié dont les heures de travail sont variables ou non continues : L.n.t., art. 59.0.1.

Guylaine VALLÉE, « Les nouvelles formes d'emploi et le «brouillage» de la frontière entre la vie de travail et la vie privée : jusqu'où va l'obligation de disponibilité des salariés? »

2.3.2. Une atteinte à la liberté de travail

Plusieurs décisions ayant examiné le caractère abusif de clauses établissant des obligations de disponibilité ont fait ressortir leur impact sur la liberté de travail des travailleurs occasionnels, sur appel, temporaires ou à temps partiel. Les clauses qui ont été jugées abusives, dans les exemples ci-haut relevés, sont celles qui désavantageaient les travailleurs d'une manière excessive et déraisonnable en ce qu'il leur est impossible d'occuper un autre emploi même si, en vertu de leur contrat de travail, ils ne travaillaient pas à temps plein ou sur une base régulière et ne touchaient pas un revenu suffisant pour vivre. Même si l'on peut reconnaître tout le mérite de ces décisions, il reste que plusieurs d'entre elles ont été rendues dans un contexte où les salariés étaient poursuivis par leurs employeurs en application des clauses pénales. Il est à craindre que, dans bien des cas, ces clauses existent sans jamais être contestées par les salariés qui ignorent leur caractère abusif. Il faut rappeler que la nullité de ces clauses ne vaut que pour les cas en cause et qu'une telle conclusion était possible parce que le contrat de travail était un contrat d'adhésion qui autorise un plus grand pouvoir d'intervention du juge au nom d'un meilleur équilibre contractuel¹²³.

Il y aurait lieu de protéger positivement la liberté de travail et la capacité d'un travailleur atypique de gagner sa vie car, en vertu des règles actuelles, l'obligation de disponibilité à la charge du salarié peut l'empêcher de pouvoir cumuler plus d'un emploi. En l'absence d'une clause d'exclusivité de service, un employeur ne peut reprocher à un salarié d'occuper un autre emploi¹²⁴ sauf si la prestation de travail du salarié en est « *qualitativement et quantitativement* » perturbée¹²⁵, ce qui pourrait être le cas d'un salarié qui refuserait de travailler pendant certaines périodes à la demande de l'employeur parce qu'il occupe un autre emploi. Il est clair qu'un contrat de travail sur appel ou à temps partiel assorti d'une obligation de disponibilité étendue peut rendre l'occupation d'un deuxième emploi difficile. Cette réalité a d'ailleurs été reconnue dans un rapport déposé au ministre du Travail du Québec en 2003 qui recommandait que « *le droit de refus de travailler au-delà de ses heures habituelles de travail soit reconnu à une personne, cumulant plus d'un emploi dont aucun n'est à plein temps pour une durée indéterminée, en raison d'un conflit avec son autre horaire de travail* »¹²⁶ ainsi que dans un rapport sur la révision des normes du travail fédérales¹²⁷.

¹²³ Louise LANGEVIN et Nathalie VEZINA, « Le contrat », dans *Obligations et contrats*, Collection de droit 2009-2010, École du Barreau du Québec, vol. 5, 2009, *Droit civil en ligne (DCL)*, EYB2009CDD126, p. 32-36.

¹²⁴ Robert P. GAGNON et al., *Le droit du travail du Québec*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, n° 114, p. 84; Robert P. GAGNON et al., « Le contrat de travail », dans Collection de droit 2009-2010, École du Barreau du Québec, vol. 8, *Droit du travail*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 27, à la p. 33.

¹²⁵ F. MORIN, J.-Y. BRIERE et D. ROUX, préc., note 7, n° II-101, p. 305 et 306.

¹²⁶ J. BERNIER, G. VALLEE et C. JOBIN, préc., note 9, p. 483 : recommandation 28.

¹²⁷ Harry W. ARTHURS, *Équité au travail - Des normes du travail fédérales pour le XXI^e siècle*, Ressources humaines et Développement des compétences, Canada, 2006, p. 153 et 154 : recommandation 7.38.

Une autre manière de reconnaître positivement la liberté de travail de ces salariés serait, comme cela a été fait pour les clauses de non-concurrence, de préciser dans la loi les conditions de validité de telles clauses. Rappelons que, par une clause de non-concurrence, les parties à un contrat de travail peuvent stipuler que, même après la fin du contrat de travail, le salarié ne pourra faire concurrence à son employeur, par exemple en formant sa propre entreprise ou en occupant un emploi dans une entreprise concurrente à celle de l'employeur. Cette clause est assujettie à des règles particulières en vertu du *Code civil du Québec*¹²⁸. Elle doit être stipulée « *par écrit et en termes exprès* », « *être limitée quant au temps, au lieu et au genre de travail, à ce qui est nécessaire pour protéger les intérêts légitimes de l'employeur* » et il revient à l'employeur de prouver sa validité¹²⁹. La jurisprudence fait preuve d'une grande constance quant aux principes d'interprétation de ce genre de clauses, en considérant, « *d'une certaine façon, que les clauses de non-concurrence sont invalides à moins qu'il ne soit prouvé qu'elles respectent les conditions exprimées* » par l'article 2089 du *Code civil du Québec*¹³⁰. Cette interprétation restrictive s'impose, que le contrat soit ou non d'adhésion : « *face à des clauses qui mettent en jeu, d'une part, la liberté et le consensualisme contractuels et, d'autre part, la liberté de travail et de concurrence, les tribunaux ont nettement tendance à faire primer la seconde au nom de l'ordre public* »¹³¹. Il en va ainsi parce que la liberté d'emploi est une valeur fondamentale de notre société libérale moderne¹³², voire même un principe général du droit et un principe constitutionnel¹³³. Dans une affaire récente concernant la validité d'une clause de non-concurrence imposée à des salariés d'une agence de location de personnel, la Cour supérieure a estimé que celle-ci visait « *sans aucune justification, à faire en sorte qu'il soit très difficile pour l'employé de travailler s'il quitte, ce qui bien sûr est interdit, ou, à tout le moins à retenir l'employé au delà de la simple incitation, ce qui n'est pas davantage permis* ». Et la Cour supérieure d'ajouter que l'agence « *paraît avoir beaucoup plus cherché à empêcher le plus possible ses employés de la quitter et d'aller travailler ailleurs, ou de simplement nuire à autrui, ce que ne permet pas la législation* » et qu'elle « *ne peut agir comme si ses employés lui appartenaient. Le Tribunal veut bien croire qu'ils ont pour elle une «valeur» importante. Mais [l'agence] ne peut pas les empêcher de travailler où ils veulent, sans un motif nécessaire et légitime* »¹³⁴. De tels propos pourraient qualifier l'effet de certaines clauses que nous avons

¹²⁸ C.c.Q., art. 2089 et 2095.

¹²⁹ C.c.Q., art. 2089.

¹³⁰ Marie-France BICH, «La viduité post-emploi : loyauté, discrétion et clauses restrictives», dans *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle (2003)*, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, 2003, *Droit civil en ligne (DCL)*, EYB2003DEV358, p. 14.

¹³¹ *Id.*, p. 12.

¹³² *Id.*, p. 12 et 13. Voir *Beau-T Shop Distribution Inc. c. Mailhot*, [2001]R.J.D.T. 1145 (C.S.), cité par M.-F. BICH, préc., note 130, p. 12.

¹³³ Dominic ROUX, *Le principe du droit au travail, juridicité, signification et normativité*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005.

¹³⁴ *Ikon Solutions de bureau inc. c. Docu-Plus Conseillers en gestion de documents inc.*, 2009 QCCS 123, D.T.E. 2009T-104, [2009] n° AZ-50532256 (C.S.). Voir cependant : *Agence Maître Boucher inc. c. Robert*, 2009 QCCS 1120, [2009] n° AZ- 50546370 (C.S.).

Guyline VALLÉE, « Les nouvelles formes d'emploi et le «brouillage» de la frontière entre la vie de travail et la vie privée : jusqu'où va l'obligation de disponibilité des salariés? »

Droits d'auteur et droits de reproduction. Toutes les demandes de reproduction doivent être acheminées à Copibec (reproduction papier) – (514) 288-1664 – 1(800) 717-2022.

licences@copibec.qc.ca

rapportées, qui affectent pareillement le droit d'un salarié atypique de gagner sa vie en cumulant plusieurs emplois.

2.3.3. Une atteinte au droit à la vie privée

Ces obligations de disponibilité pourraient aussi, en certaines circonstances, porter atteinte au droit de toute personne au respect de sa vie privée garanti par la Charte des droits et libertés de la personne¹³⁵. En effet, l'obligation de disponibilité professionnelle s'impose alors que le salarié n'est plus au travail et qu'il devrait, en principe, jouir d'une libre disposition de son temps. Le droit à la vie privée de ces salariées est-il atteint ? Dans quelle mesure cette atteinte est-elle justifiée au sens de la Charte des droits et libertés de la personne¹³⁶ ? Et dans quelle mesure peut-on considérer que le salarié qui consent à de telles obligations a renoncé valablement à son droit au respect de la vie privée ?

La décision de la Cour d'appel dans l'affaire *Syndicat des professionnelles du Centre jeunesse de Québec (CSN) c. Desnoyers*¹³⁷ traite de ces questions dans le contexte du travail à domicile obligatoire. L'employeur, un Centre ayant pour mission d'assurer la protection de la jeunesse, opérait un service d'urgence sociale qui prenait la relève des services réguliers les soirs, les nuits ainsi que les fins de semaine. Jusqu'en 1999, ce service d'urgence sociale était assuré par des travailleurs à partir de l'établissement de l'employeur. À la suite d'une réorganisation du travail, il avait été décidé d'assurer désormais les services de nuit en faisant appel, à tour de rôle, à des salariés à temps partiel travaillant à partir de leur domicile, l'employeur s'engageant à leur fournir l'équipement requis (ligne téléphonique supplémentaire, ordinateur, télécopieur). Des griefs ont été déposés pour contester cette nouvelle façon de procéder. La Cour d'appel a conclu unanimement que la politique de l'employeur portait atteinte à la vie privée des salariés garantie par l'article 5 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, ainsi qu'aux articles 6, 7 et 8 de la Charte qui protègent l'inviolabilité de la demeure d'une personne et la libre disposition de ses biens¹³⁸. La Cour a considéré que cette atteinte n'était pas justifiée au sens de l'article 9.1 de la Charte, l'employeur, pour résoudre des problèmes budgétaires, ayant privilégié la solution la plus attentatoire aux droits fondamentaux des salariés alors que d'autres mesures avaient été

¹³⁵ C.d.l.p., art. 5.

¹³⁶ C.d.l.p., art. 9.1.

¹³⁷ *Syndicat des professionnelles du Centre jeunesse de Québec (CSN) c. Desnoyers*, 2005 QCCA 110, [2005] R.J.Q. 414, [2005] R.J.D.T. 54, D.T.E. 2005T-206, [2005] n° AZ-50296164 (T.A.), inf. par 2008 QCCA 1911, fixation des dommages-intérêts fondés sur une violation de la charte : D.T.E. 2009T-745, A.A.S. 2009A-76, [2009] n° AZ-50570300 (T.A.).

¹³⁸ Les juges s'inspirent d'une décision allant dans le même sens : *A.U.C.E. Local 2 c. Simon Fraser University*, 1994 CanLII 966 (BC C.A.).

identifiées. Cette mesure ayant été imposée aux salariés, la Cour a considéré qu'ils n'avaient pas renoncé valablement à leurs droits fondamentaux, s'inspirant à cet égard de l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Godbout c. Ville de Longueuil*¹³⁹. La Cour a ajouté que rien dans la convention collective ne constituait une «renonciation collective claire à des droits garantis»¹⁴⁰. Ces propos sont étonnants si on entend par là qu'une renonciation à un droit fondamental de la personne serait possible dans une convention collective¹⁴¹.

Cette décision ne portait pas sur les obligations de disponibilité dont il est question dans le présent texte. Dans cette affaire, la nouvelle politique de l'entreprise imposait, comme le mentionne clairement la Cour d'appel, l'*exécution de la prestation de travail* au domicile du salarié, ce qui n'est pas le cas des salariés sous astreinte ou en disponibilité. La Cour d'appel, suggère d'ailleurs, en *obiter dictum*, que c'est bien l'exécution obligatoire d'une prestation de travail à domicile qui posait problème, et non le simple fait pour l'employeur de s'assurer de rejoindre un employé par téléavertisseur pour lui assigner un travail¹⁴². Il reste que l'obligation de disponibilité d'un salarié peut aussi porter atteinte à sa vie privée dans le mesure où celle-ci est conçue comme le « *droit à l'autonomie dans l'aménagement de sa vie personnelle et familiale* »¹⁴³, « *le droit d'être laissé tranquille* » ou « *une sphère de chaque existence dans laquelle nul ne peut s'immiscer sans y être convié* »¹⁴⁴. Le droit à la vie privée n'est pas un droit absolu : l'atteinte à ce droit peut être justifiée si l'employeur démontre que l'objectif qu'il veut atteindre est légitime et important et que la mesure qu'il a retenue est proportionnelle à cet objectif. En vertu de ces critères, une politique d'astreinte ou de garde obligatoire pourrait se justifier par l'objectif d'assurer des services essentiels devant être garantis en tout temps, pour autant que l'organisation de l'astreinte soit bien répartie entre les salariés et qu'elle soit compensée. Pourrait-on en dire autant d'une politique de disponibilité étendue ayant pour objectif de combler les besoins de personnel qu'une entreprise peut avoir dans le cours normal de ses opérations, si la disponibilité exigée du salarié correspond aux heures d'opération de l'entreprise avec les effets qui en découlent sur sa vie personnelle¹⁴⁵? Car l'effet de l'obligation de disponibilité est bien

¹³⁹ *Godbout c. Ville de Longueuil*, préc., note 11. Dans le même sens, s'agissant d'une obligation de résidence imposée à un pompier à temps partiel : *Rosemère (Ville de) et Travailleuses et travailleurs unis de l'alimentation et du commerce, section locale 501*, D.T.E. 2009T-483, [2009] n° AZ-50550239 (T.A.).

¹⁴⁰ *Syndicat des professionnelles du Centre jeunesse de Québec (CSN) c. Desnoyers*, préc., note 137, par. 48.

¹⁴¹ Diane VEILLEUX, « Le droit à la vie privée – sa portée face à la surveillance de l'employeur », (2000) 60 *R. du B.* 1, 30; Rachel COX, Jacques DESMARAIS et Katherine LIPPEL, « Le droit au respect de la vie privée et le télétravail », dans CEFRIO, *Les enjeux juridiques du télétravail au Québec*, Rapport de recherche publié par le CEFRIO, Mai 2001, p. 59; Yves SAINT-ANDRE, «Le travail à domicile obligatoire : splendeur et misère du droit à la vie privée», dans *Développements récents en droit du travail (2006)*, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, 2006, *Droit civil en ligne (DCL)*, EYB2006DEV1165.

¹⁴² *Syndicat des professionnelles du Centre jeunesse de Québec (CSN) c. Desnoyers*, préc., note 137, par. 50-52.

¹⁴³ *The Gazette (Division Southam inc.) c. Valiquette*, préc., note 11.

¹⁴⁴ Louise POTVIN, *La personne et la protection de son image. Étude comparée des droits québécois, français et de common law anglaise*, Éditions Yvon Blais, Cowansville, 1991, p. 156 et 157; citée par J.-Y. BRIÈRE, « Un employeur peut-il imposer le travail à domicile? », (2005) 7-10 *Collection GRH* 4.

¹⁴⁵ *Union des employées et employés de service, section locale 800 et Autobus Fleur de Lys*, préc., note 119.

Guylaine VALLÉE, « Les nouvelles formes d'emploi et le «brouillage» de la frontière entre la vie de travail et la vie privée : jusqu'où va l'obligation de disponibilité des salariés? »

Droits d'auteur et droits de reproduction. Toutes les demandes de reproduction doivent être acheminées à Copibec (reproduction papier) – (514) 288-1664 – 1(800) 717-2022.

licences@copibec.qc.ca

aussi celui-là : faire du temps de travail un temps imprévisible, soumis au bon vouloir de l'employeur, avec les conséquences qui en découlent pour la conciliation des différents temps qui composent la vie d'une personne.

Conclusion

L'obligation de disponibilité se rattache à l'obligation du salarié de travailler avec prudence et diligence et conformément aux directives de l'employeur. Dans le contexte de la relation d'emploi standard, cette obligation de disponibilité peut être conçue comme le pendant de l'exécution d'une prestation de travail qui est l'objet du contrat et en contrepartie de laquelle une rémunération est versée. Or, la situation du travailleur occasionnel, sur appel ou temporaire, qu'il soit directement recruté par un employeur ou encore par l'intermédiaire d'une agence de location de personnel, est tout autre. Pour lui, l'exécution de la prestation de travail n'est pas toujours l'obligation principale du contrat: dans bien des cas, cette obligation semble même «virtuelle» puisqu'il n'a aucune garantie d'être appelé pour un minimum d'heures de travail. L'obligation de disponibilité, elle, est cependant bien réelle puisqu'elle confère aux employeurs un pouvoir de disposer du temps du salarié et ce, sans contrepartie. Pour les employeurs, les avantages d'une telle situation sont évidents : ils disposent ainsi d'une «armée de réserve» facilement mobilisable et qui ne coûte rien. Il y a un effet pervers à un tel déséquilibre, les employeurs pouvant avoir intérêt à limiter le nombre de salariés embauchés à temps plein pour une durée indéterminée et suivant un horaire régulier pour recourir plus largement à des travailleurs atypiques qui auront de toute manière l'obligation de se présenter au travail sur demande lorsque le besoin s'en fait sentir. Cette situation pourrait avoir un autre effet pervers, cette fois sur des personnes qui ont volontairement choisi le travail temporaire ou à temps partiel, ne serait-ce que quelques années, afin de concilier leurs vies familiale et professionnelle. Ces personnes risquent de se retrouver avec un temps de travail aussi lourd, mais devenu imprévisible¹⁴⁶.

Le déséquilibre entre la flexibilité que cet encadrement procure à l'employeur et l'obligation d'obéir qu'elle impose aux salariés est important. Pour les travailleurs atypiques, les périodes de disponibilité peuvent être proportionnellement beaucoup plus longues que les périodes effectivement travaillées. Sauf lorsqu'elles sont jugées abusives (ce qui exige qu'un tribunal en soit saisi...), les clauses qui les établissent représentent une puissante limitation à la liberté de travail et au droit à la vie privée des personnes touchées. Cet envahissement de la vie personnelle par la vie professionnelle, facilité par les nouvelles technologies, n'est-il pas aussi un «vol de temps»? Est-il normal qu'il puisse s'imposer sans compensation minimale, sans obéir à des conditions de validité déterminées par la loi, et sans qu'un contrôle minimal, similaire à celui qui existe en matière d'étalement des heures normales de travail¹⁴⁷, ne soit implanté? Est-il

¹⁴⁶ J. BERNIER, G. VALLEE et C. JOBIN, préc., note 9, p. 146.

¹⁴⁷ L.n.t., art. 53.

souhaitable qu'aucune durée maximale ne vienne limiter l'obligation de disponibilité? Le défi consiste à faire en sorte qu'une personne, en dépit de ses horaires de travail irréguliers, dispose d'un temps à elle, libre de toute incursion de l'employeur.

Guylaine VALLÉE, « Les nouvelles formes d'emploi et le «brouillage» de la frontière entre la vie de travail et la vie privée : jusqu'où va l'obligation de disponibilité des salariés? »

Droits d'auteur et droits de reproduction. Toutes les demandes de reproduction doivent être acheminées à Copibec (reproduction papier) – (514) 288-1664 – 1(800) 717-2022.
licences@copibec.qc.ca