

Les droits de direction et l'obligation de disponibilité des salariés au-delà de leur temps de travail : l'exemple du travail infirmier

Alexandra CYR, Émilie GENIN,
Claudia ROSSIGNOL et Guylaine VALLÉE*

**Management Rights and the Obligation of the Employees to be Available
Beyond their Working Hours : the Case of Nursing Work**

**Los derechos de dirección y la obligación de disponibilidad del asalariado por
fuera de su jornada laboral: el ejemplo de la enfermería**

**Os direitos de direção e a obrigação de disponibilidade dos assalariados além
de seu tempo de trabalho : o exemplo do trabalho de enfermagem**

领导权与员工在工作时间外的待命义务——以护士为例

* Cet article a été réalisé dans le cadre d'un projet de recherche intitulé *L'obligation de disponibilité du salarié : une nouvelle source de précarité ou de flexibilité*, subventionné par le Conseil de recherches en sciences humaines du Canada. Il s'appuie notamment sur les mémoires de maîtrise réalisés, dans le cadre de ce projet de recherche, par Alexandra CYR [*L'identité professionnelle des infirmières comme source d'un travail gratuit et d'une obligation de disponibilité implicite*, mémoire de maîtrise, École de relations industrielles, Université de Montréal, 2017] et Claudia ROSSIGNOL [*Organisation du travail et temps supplémentaire obligatoire chez les infirmières dans le secteur de la santé au Québec : comparaison de deux centres hospitaliers*, mémoire de maîtrise, École de relations industrielles, Université de Montréal, 2017]. Émilie Genin est professeure de gestion des ressources humaines et Guylaine Vallée, chercheure principale du projet de recherche, est professeure de droit du travail, toutes deux à l'École de relations industrielles de l'Université de Montréal. Les auteures remercient chaleureusement toutes les personnes qui ont accepté de collaborer à cette recherche en nous accordant des entrevues.

Résumé

Le recours au travail en temps supplémentaire obligatoire est un phénomène connu et documenté dans le secteur de la santé au Québec. Il s'agit d'une manifestation, peut-être la plus visible, d'un phénomène plus large, à savoir l'obligation de disponibilité qui est attendue des salariés qui œuvrent dans ce secteur. Cette obligation caractérise un nombre croissant d'occupations ou de secteurs. Elle se manifeste lorsque l'employeur requiert des salariés qu'ils soient disponibles et aptes au travail, en dehors de leur temps de travail, pour répondre à une demande éventuelle de travail. Classiquement, la jurisprudence considère qu'en vertu de ses droits de direction, l'employeur peut exiger une telle disponibilité de la part de ses salariés.

Or, ces droits de direction de l'employeur s'exercent dans un contexte radicalement nouveau, notamment avec la généralisation des nouvelles technologies des communications, la dématérialisation du travail et l'organisation du travail en juste-à-temps. Dans ce contexte, la maîtrise de la disponibilité des individus pour le travail devient centrale dans l'organisation de la production d'un bien ou d'un service et implique que l'employeur exerce un contrôle accru sur des périodes où le salarié ne travaille pas et où, en principe, il est libre de son temps.

Notre article a pour objectif de démontrer que ce constat caractérise la situation de travail des infirmières. Au moyen d'une méthode mixte combinant deux études empiriques et une analyse jurisprudentielle, nous recensons les manifestations de l'obligation de disponibilité des infirmières, identifions certains facteurs propres à les expliquer et exami-

Abstract

The use of mandatory overtime is a well-known and well-documented phenomenon in the health sector in Quebec. This is a manifestation, perhaps the most visible, of a broader phenomenon, namely the obligation of availability that is expected of employees working in this sector. This obligation characterizes an increasing number of occupations or sectors. It manifests itself when the employer requires employees to be available and fit for work, outside their working hours, to meet a possible demand for work. Classically, case law considers that, by virtue of his management rights, the employer may require such availability from his employees.

However, these management rights are exercised in a radically new context, particularly with the spread of new communication technologies, the dematerialization of work and the just-in-time model of work organization. In this context, controlling the availability of individuals for work becomes central in the organization of the production of goods or services and implies that the employer exercises greater control over periods when the employee does not work and is, in principle, free of his time.

Our article aims to demonstrate that this finding characterizes the work situation of nurses. Using a blended method combining two empirical studies and a case law analysis, we identify the manifestations of the obligation of availability of nurses, identify some factors to explain them and examine the exercise of the management rights taking into account the context specific to Quebec's public health and social services sector and the rules negotiated in national collective

nons l'exercice des droits de direction en tenant compte du contexte propre au secteur public de la santé et des services sociaux québécois et des règles négociées dans les conventions collectives nationales et ententes locales dans ce secteur.

Resumen

Recurrir al trabajo obligatorio en tiempo extra es un fenómeno conocido y documentado en el sector de la salud en Quebec. Se trata de una manifestación, quizás la más notoria, de un fenómeno más amplio, a saber, la obligación de disponibilidad que se espera de los asalariados que trabajan en este sector. Esta obligación caracteriza a un número creciente de ocupaciones o sectores. Se manifiesta cuando el empleador requiere que los empleados estén disponibles y aptos para trabajar, fuera de su horario laboral, para responder a una eventual solicitud de trabajo. Tradicionalmente, la jurisprudencia considera que, en virtud de sus derechos de dirección, el empleador puede exigir dicha disponibilidad de parte de sus empleados.

Ahora bien, estos derechos de dirección del empleador se ejercen en un contexto totalmente nuevo, especialmente con la difusión de las nuevas tecnologías de comunicación, la desmaterialización del trabajo y el método de organización del trabajo *just-in-time* o justo a tiempo. En este contexto, el control de la disponibilidad de los individuos para el trabajo se vuelve central en la organización de la producción de un bien o servicio e implica que el empleador ejerza un mayor control sobre los períodos en los que el empleado no trabaja y los que, en principio, son su tiempo libre.

agreements and local agreements in this sector.

Resumo

O recurso ao trabalho em hora extra obrigatória é um fenômeno conhecido e documentado no setor de saúde no Quebec. Trata-se de uma manifestação, talvez a mais visível, de um fenômeno maior, a saber a obrigação de disponibilidade que é esperada dos assalariados que trabalham nesse setor. Esta obrigação caracteriza um número crescente de ocupações ou setores. Manifesta-se quando o empregador requer de seus assalariados que estejam disponíveis e aptos ao trabalho, fora de seu tempo de trabalho, para responder a uma demanda eventual de trabalho. Classicamente, a jurisprudência considera que, em virtude dos direitos de direção, o empregador pode exigir tal disponibilidade de parte de seus assalariados.

Ora, esses direitos de direção dos empregadores se exercem em um contexto radicalmente novo, notadamente com a generalização das novas tecnologias de comunicação, a desmaterialização do trabalho e a organização do trabalho *just in time*. Neste contexto, o domínio das disponibilidades dos indivíduos para o trabalho torna-se central na organização de produção de um bem ou de um serviço e implica que o empregador exerça um controle ampliado sobre períodos onde o assalariado não trabalha e onde, a princípio, ele tem tempo livre.

Nuestro artículo tiene como objetivo demostrar que este hecho caracteriza la situación laboral de las enfermeras. Por intermedio de un método mixto que combina dos estudios empíricos y un análisis jurisprudencial, identificamos las manifestaciones de la obligación de disponibilidad de las enfermeras, al igual que algunos factores que las explican y examinamos el ejercicio de los derechos de dirección habida cuenta del contexto específico del sector público de la salud y de los servicios sociales en Quebec y de las reglas negociadas en las convenciones colectivas nacionales y los acuerdos locales en este sector.

Nosso artigo tem por objetivo demonstrar que esta constatação caracteriza a situação de trabalho dos enfermeiros. Por meio de um método misto que combina dois estudos empíricos e uma análise jurisprudencial, recenseamos as manifestações da obrigação de disponibilidades dos enfermeiros, identificamos certos fatores capazes de explicá-los e examinamos o exercício dos direitos de direção levando em conta o contexto próprio ao setor público da saúde e dos serviços sociais quebequenses e das regras negociadas nas convenções coletivas nacionais e acordos locais neste setor.

摘要

强制加班是魁北克卫生行业承认且被大量记载的现象。这种现象最明显的表现是要求这个行业的员工有待命义务。要求待命义务的职业或行业越来越多。雇主要求员工在工作时间之外待命，以应对可能出现的工作要求。传统上，司法判例以领导权为依据，认为雇主有权要求员工工作时间外待命。

然而，雇主领导权的行使背景已有质的改变，特别是随着新通信技术的普及、工作方式的电子化和及时制工作管理的发展。在这种背景下，控制员工待命成为了提供产品或服务之管理问题的核心，其意味着雇主对员工不工作的时间以及私人时间的控制加强。

本文的目的是证明这种现象正是护士行业的特点。通过综合运用经验研究和判例研究，我们统计了护士待命义务的具体表现，指出了解释这些现象的部分因素。我们还结合魁北克卫生及社会服务公共部门特有的行业背景，以及该行业省级集体协议和地区协议中的规则，审视了领导权的行使。

Plan de l'article

Introduction	273
I. L'obligation de disponibilité, au cœur des mutations du travail	275
A. L'obligation d'être disponible et les nouveaux modèles de production	276
B. Un droit du travail dépassé	278
C. L'émergence d'une certaine reconnaissance juridique du phénomène	280
II. Le contexte particulier du travail infirmier : présentation du secteur et méthodologie de la recherche	283
A. Les réformes des soins de santé au Québec	284
a) Les compressions massives des années 1990	284
b) La décentralisation des négociations sur l'organisation du travail dans des établissements locaux reconfigurés : les réformes de 2003 et de 2015	285
c) Le redécoupage des frontières professionnelles en 2003	288
B. Méthodologie	290
III. Résultats	292
A. Les manifestations de l'obligation de disponibilité	292
a) Les listes de disponibilité	292
b) Le recours au temps supplémentaire et au temps supplémentaire obligatoire	295
c) Les périodes de garde	299
d) Les pauses et les pauses-repas	301

e) Les périodes de chevauchements inter-quarts	304
f) Le travail avant ou après les heures régulières de travail	305
B. Une exploration de facteurs explicatifs	308
a) L'organisation du travail.....	308
b) L'identité professionnelle.....	312
c) L'obligation de disponibilité des infirmières et l'exercice raisonnable des droits de direction.....	315
Conclusion.....	320

Le 8 avril dernier, les infirmières représentées par la Fédération interprofessionnelle de la santé du Québec (FIQ) tenaient une journée dite de « grève des heures supplémentaires », journée pendant laquelle elles voulaient « pouvoir choisir leur santé physique et mentale, leur vie personnelle et familiale [et], comme la grande majorité de la population vivre une journée normale de travail [...] où elles ne risquent pas d'être prises en otage »¹. Cette journée visait à dénoncer le recours systématique au temps supplémentaire obligatoire (ci-après « TSO »), qui est un phénomène important et médiatisé dans la profession infirmière au Québec.

Or, le recours au TSO dans le travail infirmier ne serait que l'une des manifestations, peut-être la plus visible, d'un phénomène plus large, à savoir l'obligation de disponibilité qui est attendue des infirmières. Cette obligation se manifeste lorsque que les infirmières doivent être disponibles, en dehors de leur temps de travail, pour répondre à une demande éventuelle de travail de leur employeur. Elles ne travaillent pas nécessairement pendant cette période, mais elles doivent être disponibles et en état de le faire. Cette obligation caractérise un nombre croissant d'occupations ou de secteurs², notamment dans les services de soins aux personnes³. Une étude récente de la jurisprudence en matière d'accidents du travail suggère qu'elle est particulièrement importante dans le travail infirmier⁴.

¹ Stéphane BORDELEAU, « Grève des heures supplémentaires des infirmières lundi prochain », *Radio-Canada*, 2 avril 2019, en ligne : <<https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1161972/greve-heures-supplementaire-infirmieres-avril>> (consulté le 5 juin 2019).

² Urwana COIQUAUD, « The Obligation to Be Available: The Case of the Trucking Industry », (2016) 32-3 *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 322; Guylaine VALLÉE et Dalia GESUALDI-FECTEAU, « Setting the Temporal Boundaries of Work: An Empirical Study of the Nature and Scope of Labour Law Protections », (2016) 32-3 *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 344; Guylaine VALLÉE et Dalia GESUALDI-FECTEAU, « Le travail à la demande et l'obligation de disponibilité des personnes salariées : portée des balises fixées par la *Loi sur les normes du travail* », dans S.F.C.B.Q., vol. 429, *Développements récents en droit du travail*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2017, p. 257.

³ Louise BOIVIN, « 'Just-in-Time' Labour: The Case of Networks Providing Home Support Services in Quebec », (2016) 32-3 *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 301.

⁴ Gabriella BRUNO, Nancy MARTEL et Guylaine VALLÉE, « "À l'occasion du travail" : une notion classique utile à la reconnaissance de l'obligation de disponibilité des travailleurs ? Une exploration de la jurisprudence », (2018) 48-2 *R.G.D.* 255.

L'obligation de disponibilité des salariés en dehors de leur temps de travail n'est pas une obligation nouvelle en droit du travail. Elle serait l'accessoire de l'obligation du salarié d'exécuter son travail avec diligence⁵. C'est sur ce fondement que l'employeur peut, en vertu de ses droits de direction, exiger d'un salarié qu'il se montre disponible pour accomplir des heures supplémentaires de travail lorsqu'il le lui demande, et ce, pour autant que les dispositions législatives, conventionnelles ou contractuelles applicables soient respectées.

Or, ces droits de direction sont exercés dans des contextes radicalement nouveaux avec la transformation des modes de production des biens et des services. Il n'est pas exagéré de dire que l'organisation de la production de biens et de services repose maintenant, dans plusieurs secteurs, sur une organisation de la *disponibilité* des individus *pour* le travail qui confère à l'employeur un contrôle certain sur des périodes où le salarié ne travaille pas et où, en principe, il est libre de son temps. Les objectifs de notre article sont de montrer que ce constat caractérise l'organisation de la production des soins infirmiers dans les établissements du réseau public québécois et d'examiner, au moyen de la jurisprudence arbitrale, les limites des droits de direction en cette matière.

Pour atteindre ces objectifs, nous présentons l'état des connaissances qui existent sur l'obligation de disponibilité des salariés et son encadrement (ou absence d'encadrement) en droit du travail (I) et exposons le contexte propre au travail infirmier ainsi que la méthodologie mixte, faisant appel à des études empiriques et à une analyse jurisprudentielle que nous avons utilisée pour étudier l'obligation de disponibilité des infirmières (II). Les résultats obtenus portant sur les manifestations de l'obligation de disponibilité des infirmières et sur les facteurs qui les expliquent sont ensuite présentés. Ces résultats permettent d'examiner l'exercice des droits de direction des employeurs en ce qui concerne la disponibilité temporelle des infirmières dans le contexte propre au réseau de la santé et des services sociaux, en tenant compte des modes de fonctionnement du réseau de la santé dans son ensemble, de l'organisation du travail au sein des établisse-

⁵ Art. 2088 C.c.Q. Sur les fondements de cette obligation : 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? », (2010) 15-2 *Lex Electronica* 1, 4 et 5, en ligne: <https://www.lex-electronica.org/files/sites/103/15-2_vallee.pdf> (consulté le 5 juin 2019).

ments locaux et des normes qui régissent la profession infirmière. C'est dans ce contexte particulier que semblent émerger les balises qui pourraient s'appliquer pour juger de l'exercice raisonnable des droits de direction de l'employeur en ce qui concerne la disponibilité temporelle des infirmières (III).

I. L'obligation de disponibilité, au cœur des mutations du travail

Dans la relation salariale et dans le droit du travail classiques, il existe une démarcation nette entre le temps de travail et le temps de repos. Le temps de travail est celui pendant lequel le salarié exécute sa prestation de travail sous la direction ou le contrôle de l'employeur en échange d'une rémunération. Le droit international du travail⁶, le droit légiféré du travail de plusieurs États⁷ ou les règles négociées dans les conventions collectives fixent des balises quant à la durée du travail, par exemple en limitant le nombre d'heures de travail par jour ou par semaine. Quant au temps de repos, il est défini en opposition au temps de travail : il s'agit du temps qui appartient en propre au salarié, celui où il ne travaille pas pour un employeur. Par exemple, le droit international⁸, le droit légiféré du travail de plusieurs

⁶ *Convention (n° 1) sur la durée du travail (industrie) 1919*, 28 novembre 1919, art. 2, en ligne : <http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C001> (entrée en vigueur le 13 juin 1921) ; *Convention (n° 30) sur la durée du travail (commerce et bureaux) 1930*, 28 juin 1930, art. 3, en ligne : <http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312175:NO> (entrée en vigueur le 29 août 1933) (consultées le 19 avril 2019). La Convention n° 1 a été ratifiée par le Canada le 21 mars 1935, mais il n'a jamais ratifié la Convention n° 30.

⁷ Au Québec, la *Loi sur les normes du travail* prévoit une semaine normale de travail de 40 heures : *Loi sur les normes du travail*, RLRQ, c. N-1.1, art. 52 (ci-après « L.n.t. »). Le salarié qui travaille au-delà de la semaine normale de travail doit recevoir une majoration salariale de 50 % : art. 55 L.n.t. Sur les règles sur la durée du travail et les périodes de repos dans la L.n.t., voir : 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, n° 11-22, à jour au 12 juin 2018.

⁸ *Convention (n° 14) sur le repos hebdomadaire (industrie) 1921*, 17 novembre 1921, art. 2, en ligne : <http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312159:NO> (entrée en vigueur le 19 juin 1923). Cette Convention a été ratifiée par le Canada le 21 mars 1935 ; *Convention (n° 106) sur le repos hebdomadaire (commerce et bureaux) 1957*, 26 juin 1957, art. 6, en ligne :

États ainsi que les conventions collectives aménagent le droit des salariés à un congé hebdomadaire⁹ et à des pauses-repas¹⁰, le droit de refuser de travailler au-delà d'un certain seuil quotidien ou hebdomadaire¹¹ ou le droit de refuser de travailler au-delà de leurs heures habituelles de travail pour des raisons familiales¹². Cette démarcation entre le temps de travail et le temps de repos propre aux modèles de production industriels¹³ permet de départager les périodes où le salarié est subordonné à l'employeur et les périodes où il est libre de son temps.

Ce régime temporel est remis en cause par l'émergence de modèles de production dont le fonctionnement repose sur une disponibilité temporelle accrue des salariés au-delà de leur temps de travail (A). Ce phénomène n'est pleinement pris en compte par la régulation du travail classique (B), même si une certaine reconnaissance commence à être perceptible aux plans international et national (C).

A. L'obligation d'être disponible et les nouveaux modèles de production

L'émergence de nouveaux modèles de production a profondément modifié le régime temporel caractéristique de la production industrielle. Les modes d'organisation du travail en juste-à-temps, les technologies de l'information et des communications, l'économie de plateformes et la dématérialisation du travail ont engendré une porosité des temps, en ce que les contraintes liées au travail envahissent les temps personnels du salarié et qu'à l'inverse, des préoccupations personnelles peuvent aussi

<http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312251:NO> (entrée en vigueur le 4 mars 1959) (consultées le 19 avril 2019). Le Canada a ratifié la Convention n° 14 le 21 mars 1935, mais n'a jamais ratifié la Convention n° 106.

⁹ Art. 78 L.n.t.

¹⁰ Art. 79 L.n.t.

¹¹ Art. 59.0.1 L.n.t.

¹² Art. 122(6) L.n.t.

¹³ Émilie GENIN, « Proposal for a Theoretical Framework for the Analysis of Time Porosity », (2016) 32-3 *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 280, 282 et 283 ; Paul BOUFFARTIGUE, « Temporalités : les nouvelles formes de disponibilité au travail », dans Daniel MERCURE et Mircea VULTUR (dir.), *Dix concepts pour penser le nouveau monde du travail*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2019, p. 209, aux p. 212 à 214.

venir interférer dans le temps qu'il consacre au travail¹⁴. L'obligation de disponibilité du salarié est l'une des manifestations de cette porosité des temps : non seulement le salarié doit-il fournir une prestation de travail sous la subordination de l'employeur pendant son temps de travail, mais il doit, explicitement ou implicitement, se montrer disponible et en état de travailler hors de son temps de travail si l'employeur le lui demande¹⁵. La frontière entre le temps de travail et le temps de repos se brouille en ce que les contraintes reliées au travail envahissent le temps personnel du salarié, celui où, en principe, il est libre de ses activités et de ses déplacements. Émerge ainsi un « temps du troisième type »¹⁶, un « troisième temps »¹⁷ ou une « zone grise »¹⁸, où le salarié a l'obligation d'être disponible pour le travail en dehors de son temps de travail. Cette obligation peut s'imposer quel que soit le lieu où le salarié se trouve. Elle peut se manifester alors que le salarié est sur les lieux du travail, par exemple pendant une pause-repas¹⁹, ou alors qu'il se trouve hors des lieux de travail, par exemple pendant des périodes de garde ou d'astreinte pendant lesquelles il doit être joignable en tout temps, en état de travailler et capable de se rendre au travail rapidement²⁰.

L'obligation de disponibilité du travailleur se distingue de la disponibilité à laquelle il peut volontairement consentir. Il s'agit bel et bien d'une obligation, qui peut être explicite ou implicite. Elle est explicite lorsque l'employeur donne des directives claires au salarié quant à sa disponibilité en dehors de son temps de travail. Mais, la plupart du temps, l'obligation de disponibilité est implicite en ce qu'elle est imbriquée dans l'organisation

¹⁴ É. GENIN, préc., note 13.

¹⁵ Guylaine VALLÉE, « Employees' Obligation to Be Available to Employers: A (New) Pathway to Precariousness or a Source of Flexibility », (2016) 32-3 *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 275, 276 et 277; P. BOUFFARTIGUE, préc., note 13, aux p. 222 à 224.

¹⁶ Alain SUPIOT (dir.), *Au-delà de l'emploi*, Paris, Flammarion, 1999, p. 123.

¹⁷ G. VALLÉE, préc., note 5, 11.

¹⁸ Anne C. L. DAVIES, « Getting More Than You Bargained for? Rethinking the Meaning of 'Work' in Employment Law », (2017) 46-4 *Industrial Law Journal* 477, 481 [notre traduction].

¹⁹ G. VALLÉE et D. GESUALDI-FECTEAU (2016), préc., note 2, 362 et 363; G. VALLÉE et D. GESUALDI-FECTEAU (2017), préc., note 2, aux p. 282 à 284; G. BRUNO, N. MARTEL et G. VALLÉE, préc., note 4, 269 à 272.

²⁰ Guylaine VALLÉE, « L'obligation de disponibilité du salarié au-delà de son temps et de son lieu de travail : les enseignements de la Cour suprême du Canada dans *Association des juristes de justice c. Canada (Procureur général)* », (2018) 73-3 *Relations industrielles/Industrial Relations* 591.

du travail sans être formellement exigée par l'employeur. Ce sera le cas, par exemple, de salariés qui, compte tenu de la nature de leurs tâches, demeurent à leur poste et à la disposition de l'employeur pour répondre à des urgences durant leur pause-repas. Même si l'employeur ne formule pas explicitement cette exigence de disponibilité, elle est nécessaire au bon fonctionnement du milieu organisationnel²¹. L'obligation de disponibilité implicite illustre le phénomène de l'« implication contrainte » du salarié : elle n'émane pas formellement d'une prescription de l'employeur mais elle est endogène à l'organisation du travail que l'employeur a mise en place et intériorisée par les salariés²².

La disponibilité attendue du salarié ne génère pas nécessairement une activité de travail. Ce que l'employeur obtient du salarié, c'est sa disponibilité pour le travail. Le salarié se trouve ainsi subordonné aux besoins de l'employeur dans une période où il ne travaille pas. Cette obligation a des conséquences importantes pour le salarié, en étendant l'emprise que peut avoir l'employeur sur son temps personnel et en rendant le temps où il devra travailler imprévisible. Elle peut affecter tant les salariés qui travaillent à temps plein, qui se voient contraints d'être disponibles au-delà de leur temps de travail, que les salariés sur appel ou occasionnels, pour qui la période de disponibilité contrainte sera parfois plus étendue que la période pendant laquelle ils travaillent effectivement²³. À l'inverse, cette disponibilité a une grande valeur pour l'employeur notamment en lui garantissant un bassin de main-d'œuvre facilement mobilisable en cas de besoin²⁴.

B. Un droit du travail dépassé

Or, cette forme de subordination du travailleur en dehors de son temps de travail, et ce, peu importe l'endroit où il se trouve, échappe en bonne partie à la régulation classique des conditions du travail, comme le mon-

²¹ G. VALLÉE et D. GESUALDI-FECTEAU (2017), préc., note 2, à la p. 283; G. BRUNO, N. MARTEL et G. VALLÉE, préc., note 4, 269 et 270.

²² Jean-Pierre DURAND, « Le contrôle du travail: de la prescription à l'implication contrainte », dans Daniel MERCURE et Mircea VULTUR (dir.), *Dix concepts pour penser le nouveau monde du travail*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2019, p. 79, à la p. 112.

²³ G. VALLÉE et D. GESUALDI-FECTEAU (2017), préc., note 2, à la p. 273.

²⁴ G. VALLÉE, préc., note 5, 33.

trent des travaux sur l'obligation de disponibilité réalisés au Québec²⁵ et au Royaume-Uni²⁶.

D'une part, la période où le travailleur doit rester disponible pour l'employeur n'est pas nécessairement assimilée à un temps de travail, en particulier lorsque le travailleur ne se trouve pas sur les lieux habituels du travail, ce qui a des incidences sur son droit à la rémunération. En vertu des lois du travail étudiées dans ces travaux, le temps de travail est celui pendant lequel le salarié exécute une prestation de travail, qu'il soit manuel, intellectuel ou créatif, pour l'employeur. Sont aussi assimilées à des périodes de travail celles pendant lesquelles un travailleur, pour reprendre les termes de la loi québécoise, « est à la disposition de son employeur sur les lieux du travail et qu'il est obligé d'attendre qu'on lui donne du travail »²⁷. Seules les périodes de travail et les périodes assimilées à des périodes de travail donnent droit à une rémunération²⁸. En somme, rien n'oblige l'employeur à rémunérer ou à compenser le travailleur qui doit être disponible pour l'employeur en dehors du lieu de travail : cette conception spatiale de l'obligation de disponibilité ne rend pas compte des formes de disponibilité contraintes rendues possibles par les nouvelles technologies des communications ou la dématérialisation du travail. Le salarié qui se trouve dans cette situation ne pourra être rémunéré que pour les périodes où il exécute une prestation de travail pendant sa période de disponibilité hors de lieux de travail, par exemple, en répondant aux courriels de l'employeur ou aux appels de différents clients²⁹, sauf si des primes de disponibilité sont prévues dans son contrat de travail ou, s'il est syndiqué, dans sa convention collective.

D'autre part, la période où le travailleur doit rester disponible pour l'employeur hors des lieux de travail est parfois considérée comme un temps de repos et non comme un temps de travail, même si le travailleur n'a pas

²⁵ *Id.* ; U. COIQUAUD, préc., note 2 ; L. BOIVIN, préc., note 3 ; G. VALLÉE et D. GESUALDI-FECTEAU (2016), préc., note 2 ; G. VALLÉE et D. GESUALDI-FECTEAU (2017), préc., note 2.

²⁶ A. C. L. DAVIES, préc., note 18.

²⁷ Art. 57(1) L.n.t.

²⁸ G. VALLÉE et D. GESUALDI-FECTEAU (2016), préc., note 2, 359 à 362 ; G. VALLÉE et D. GESUALDI-FECTEAU (2017), préc., note 2, aux p. 277 à 282 ; A. C. L. DAVIES, préc., note 18, 489 à 496.

²⁹ G. VALLÉE et D. GESUALDI-FECTEAU (2016), préc., note 2, 360 à 362 ; G. VALLÉE et D. GESUALDI-FECTEAU (2017), préc., note 2, aux p. 279 à 282. Voir aussi : A. C. L. DAVIES, préc., note 18, 498.

la liberté d'aménager librement sa vie personnelle pendant cette période³⁰. Par exemple, la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après « CJUE »), auparavant la Cour de justice des Communautés européennes, a maintes fois reconnu que si la période pendant laquelle un salarié est de garde sur le lieu de travail est un temps de travail du point de vue de la *Directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail*³¹, ce n'était pas le cas d'une période de garde hors du lieu de travail³². Cela signifiait que l'on pouvait exiger une disponibilité étendue du salarié sans porter atteinte à son droit au repos, si cette disponibilité était exigée alors que le salarié se trouve hors du lieu de travail. Plus encore, comme la période de disponibilité du salarié est considérée comme une période de repos et non comme un temps de travail, les règles reconnaissant le droit d'un salarié de refuser de travailler au-delà d'un certain seuil quotidien ou hebdomadaire ou au-delà de ses heures habituelles de travail pour des raisons familiales ne seraient d'aucun secours pour le salarié qui réclamerait le droit de ne pas être disponible³³.

C. L'émergence d'une certaine reconnaissance juridique du phénomène

La sujétion particulière des salariés assujettis à une obligation de disponibilité hors de leur temps de travail commence toutefois à être reconnue au plan international ou comparé.

D'une part, dans un arrêt rendu en 2018, la CJUE a jugé que la notion de temps de travail au sens de la *Directive européenne sur le temps de travail*

³⁰ G. VALLÉE, préc., note 5, 13 à 15; G. VALLÉE et D. GESUALDI-FECTEAU (2016), préc., note 2, 366 et 367; G. VALLÉE et D. GESUALDI-FECTEAU (2017), préc., note 2, aux p. 287 à 289; A. C. L. DAVIES, préc., note 18, 489 à 496.

³¹ CE, *Directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail*, [2003] *Journal officiel des Communautés européennes*, L 299/9, en ligne: <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:299:0009:0019:fr:PDF>> (consultée le 5 juin 2019) (ci-après « *Directive européenne sur le temps de travail* »).

³² G. VALLÉE et D. GESUALDI-FECTEAU (2016), préc., note 2, 372 à 376; A. C. L. DAVIES, préc., note 18, 493 à 495 et 497 à 499.

³³ G. VALLÉE et D. GESUALDI-FECTEAU (2016), préc., note 2, 364 à 366; G. VALLÉE et D. GESUALDI-FECTEAU (2017), préc., note 2, aux p. 284 à 287. Voir aussi: A. C. L. DAVIES, préc., note 18, 500.

s'applique à un pompier volontaire qui « se trouve contraint de passer la période de garde à son domicile, de s'y tenir à la disposition de son employeur et de pouvoir rejoindre son lieu de travail dans un délai de 8 minutes »³⁴. La CJUE considère que dans ce cas, le salarié ne devait pas uniquement être à la disposition de son employeur afin que celui-ci puisse le joindre durant son temps de garde. L'obligation d'être physiquement présent à domicile, qui était le lieu déterminé par son employeur et « la contrainte découlant, d'un point de vue géographique et temporel, de la nécessité de rejoindre le lieu de travail dans un délai de 8 minutes, sont de nature à limiter de manière objective les possibilités qu'un travailleur [...] a pour se consacrer à ses intérêts personnels et sociaux »³⁵.

D'autre part, le droit français reconnaît et encadre les périodes de disponibilité contrainte hors du lieu de travail. La période d'astreinte y est définie comme « une période pendant laquelle le salarié, sans être sur son lieu de travail et sans être à la disposition permanente et immédiate de l'employeur, doit être en mesure d'intervenir pour accomplir un travail au service de l'entreprise »³⁶. Les salariés concernés par ces périodes « sont informé[e]s de leur programmation individuelle dans un délai raisonnable »³⁷ et la période d'astreinte donne lieu à une contrepartie, « soit sous forme financière, soit sous forme de repos »³⁸, qui est déterminée par la négociation d'un accord collectif³⁹ ou, à défaut, par l'employeur après avis des institutions représentatives du personnel (comité d'entreprise ou délégués du personnel) et information de l'agent de contrôle de l'inspection du travail⁴⁰. Puisque la période d'astreinte n'est pas assimilée à un temps

³⁴ *Ville de Nivelles c. Rudy Matzak*, Affaire C-518/15, 21 février 2018, par. 65, en ligne : <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX %3A62015CJ0518](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A62015CJ0518)> (consulté le 5 juin 2019).

³⁵ *Id.*, par. 63 et 64.

³⁶ *Code du travail* (France), art. L3121-9 al. 1, tel que modifié par l'article 8 de la Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, en ligne : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=C46427B0C239B08E458F250580A77808.tpdila10v_2?idSectionTA=LEGISCTA000033001537&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20170225> (consulté le 5 juin 2019).

³⁷ *Id.*, art. L3121-9 al. 4, tel que modifié par l'article 8 de la Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016.

³⁸ *Id.*, art. L3121-9 al. 2 et 3, tels que modifiés par l'article 8 de la Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016.

³⁹ *Id.*, art. L3121-11, tel que modifié par l'article 8 de la Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016.

⁴⁰ *Id.*, art. L3121-12 par. 1 tel que modifié par l'article 8 de la Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016.

de travail, elle est comptabilisée dans le calcul de la durée minimale de la période de repos quotidienne et hebdomadaire⁴¹. Le *Code du travail* français reconnaît aussi un « droit à la déconnexion » qui passe par « la mise en place par l'entreprise de dispositifs de régulation de l'utilisation des outils numériques, en vue d'assurer le respect des temps de repos et de congé ainsi que de la vie personnelle et familiale »⁴². À défaut d'accord collectif, il revient à l'employeur d'élaborer une charte définissant notamment les modalités de l'exercice de ce droit, après avis des institutions représentatives du personnel (comité d'entreprise ou délégués du personnel)⁴³.

Enfin, au Royaume-Uni, un courant jurisprudentiel minoritaire considère que la disponibilité est au cœur de la prestation à laquelle s'engage le salarié envers l'employeur dans le contrat de travail. L'engagement du salarié, c'est d'être prêt et disposé à travailler [*obligation to be ready and willing to work*] et non seulement d'exécuter une prestation de travail [*obligation to perform work*]. Il revient alors à l'employeur d'exercer ses droits de direction pour obtenir du salarié qu'il exécute une prestation de travail pendant la période où il doit être disponible: « [a]t the core of the 'transaction' is a social relationship in which the worker makes himself or herself available to obey the employer's reasonable instructions, and the employer uses its managerial prerogative to obtain productive work from the worker »⁴⁴. Dans cette approche, la disponibilité est la prestation pour laquelle le salarié a droit à une contrepartie et aux protections du droit du travail: il revient à l'employeur, par l'exercice de ses droits de direction, de générer l'exécution d'un travail pendant la période de disponibilité du salarié.

En somme, l'obligation de disponibilité a pour effet d'exiger de la part des travailleurs une disponibilité temporelle *pour* le travail plus étendue que la période pendant laquelle ils exécutent effectivement une prestation de travail. Puisque ces exigences de disponibilité échappent en bonne partie aux règles protectrices du droit du travail, sous réserve des approches innovatrices que nous venons de rapporter, l'employeur peut exercer ses droits de direction sur ces questions, ce qui lui donne un certain contrôle

⁴¹ *Id.*, art. L3121-10 tel que modifié par l'article 8 de la Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016.

⁴² *Id.*, art. L2242-8 par. 7, tel que modifié par l'article 55 de la Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016.

⁴³ *Id.*

⁴⁴ A. C. L. DAVIES, préc., note 18, 488.

sur la vie personnelle des travailleurs, et ce, sans contrepoids. L'étude de l'obligation de disponibilité des infirmières permettra d'illustrer ce phénomène, d'en explorer les causes et les limites.

II. Le contexte particulier du travail infirmier : présentation du secteur et méthodologie de la recherche

L'étude de l'obligation de disponibilité des infirmières en lien avec l'exercice des droits de direction de l'employeur doit tenir compte du contexte propre au secteur public de la santé et des services sociaux. En effet, même si les droits de direction relatifs à l'organisation du travail et aux exigences de disponibilité des infirmières s'exercent au sein des établissements locaux, sous réserve des conventions collectives et ententes locales applicables, ils s'insèrent dans un cadre beaucoup plus vaste qui a une incidence sur la disponibilité temporelle attendue des infirmières et sur les contraintes qui s'imposent aux gestionnaires et acteurs locaux. Cela fait en sorte qu'on ne peut étudier l'obligation de disponibilité des infirmières comme on le ferait dans un autre secteur.

L'obligation légale d'assurer des services continus à la population⁴⁵ encadre, du moins en partie, les choix que les établissements de santé peuvent faire en termes d'organisation du travail et les exigences de disponibilité attendues des infirmières. Par exemple, contrairement à d'autres secteurs ou occupations, les périodes de garde sont établies depuis longtemps dans le secteur de la santé, celles-ci étant nécessaires pour pouvoir mobiliser le personnel compétent dans des situations d'urgence. Les réformes successives du secteur public de la santé au Québec ont toutefois accentué la pression qui s'exerce sur les gestionnaires locaux et sur la disponibilité temporelle des infirmières tout en modifiant de manière importante les règles déterminant l'organisation du travail et définissant le rôle des infirmières. C'est en tenant compte de ces éléments de contexte (A) que nous pourrions cerner, par une approche multiniveau, les manifestations de l'obligation de disponibilité des infirmières et les facteurs qui les expliquent (B).

⁴⁵ *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, RLRQ, c. S-4.2, art. 2, 5, 7, 13, 100 et 101.

A. Les réformes des soins de santé au Québec

Plusieurs réformes ont profondément modifié la configuration des soins de santé dans le système public québécois ainsi que le travail des infirmières et des gestionnaires locaux.

a) Les compressions massives des années 1990

Au milieu des années 1990, des compressions budgétaires massives sont imposées dans le secteur public pour atteindre l'objectif du déficit zéro⁴⁶. Au sein du réseau de la santé, la réduction du nombre de lits d'hospitalisation, la fermeture ou la fusion d'établissements de santé et le « virage ambulatoire » témoignent de cette réorganisation⁴⁷. Les compressions budgétaires entraînent une réduction des effectifs : les programmes de formation en médecine et en soins infirmiers sont contingentés et un programme de départ volontaire à la retraite est mis en place, dont plus de 4 200 infirmières se prévalent⁴⁸. Pendant la même période, on observe aussi une diminution du nombre de salariés à temps plein, une proportion plus importante de salariés à temps partiel et une augmentation du recours aux heures supplémentaires dans le réseau de la santé⁴⁹. En 1999, 40 % des infirmières occupent un poste à temps complet régulier : pour les nouvelles diplômées, « le travail occasionnel est [...] l'unique façon d'entrer sur le marché du travail »⁵⁰. Dans la même période, la gestion de la planification des soins au sein des hôpitaux tend aussi à se modifier. Comme cela s'est fait aux États-Unis, on assiste à une standardisation des soins et des traitements requis par diagnostics qui a pour objectif d'estimer le temps et les traitements nécessaires pour des diagnostics identiques de manière à réduire le temps d'hospitalisation et à éliminer les soins et les traitements inutiles⁵¹.

⁴⁶ Carl-Ardy DUBOIS et Gilles DUSSAULT, « La politique des ressources humaines et la transformation des systèmes de soins », (2002) 27-3 *Gestion* 57, 59; François BOLDUC, *Impact de la réforme du réseau québécois de la santé et des services sociaux (2003) sur la représentation qu'ont les gestionnaires de leur travail*, thèse de doctorat, Montréal, Département de sociologie, Université de Montréal, 2013, p. 25 à 27.

⁴⁷ C.-A. DUBOIS et G. DUSSAULT, préc., note 46, 59 et 60; F. BOLDUC, préc., note 46, p. 25 et 26.

⁴⁸ C.-A. DUBOIS et G. DUSSAULT, préc., note 46, 59 et 60.

⁴⁹ *Id.*, 60.

⁵⁰ *Id.*, 61.

⁵¹ Paul-André LAPOINTE, Malie CHAYER, François Bernard MALO et Linda RIVARD, « La reconfiguration des soins de santé et la réorganisation du travail infirmier », (2000) 13-2 *Nouvelles pratiques sociales* 164, 166, 167 et 171 à 174.

Ces changements caractérisent aussi les restructurations des systèmes de santé entreprises ailleurs au Canada⁵².

Ces bouleversements ont généré une forte pression sur la disponibilité temporelle des infirmières⁵³. D'une part, l'intensification du travail que les infirmières doivent accomplir pendant leur quart de travail est une conséquence de délais plus courts pour donner les soins efficacement avec un effectif réduit⁵⁴. Au Québec, en 2005, 69,7 % des infirmières estimaient avoir souvent trop de travail pour une seule personne, 48,3 % affirmaient manquer de temps pour accomplir toutes leurs tâches et 62 % déclaraient avoir une charge de travail trop lourde pour bien accomplir toutes leurs tâches, ce qui peut expliquer que 64,7 % d'entre elles travaillaient pendant les pauses et que 59,1 % arrivaient souvent plus tôt ou quittaient plus tard pour pouvoir terminer le travail⁵⁵. D'autre part, la pénurie d'effectifs entraîne une demande de disponibilité des infirmières au-delà de leur horaire régulier de travail afin de combler des besoins de personnel: en 2005, 31,3 % des infirmières québécoises disaient faire habituellement des heures supplémentaires payées et 48,9 % des heures supplémentaires non payées. Notons que 61,1 % d'entre elles affirmaient que l'employeur s'attendait à ce qu'elles fassent des heures supplémentaires⁵⁶.

b) La décentralisation des négociations sur l'organisation du travail dans des établissements locaux reconfigurés : les réformes de 2003 et de 2015

L'année 2003 représente un moment charnière dans les relations du travail et l'organisation du travail dans le réseau de la santé et des services sociaux du Québec.

⁵² Valerie SHANNON et Susan FRENCH, « The impact of the re-engineered world of health-care in Canada on nursing and patient outcomes », (2005) 12-3 *Nursing Inquiry* 231.

⁵³ Louise BOIVIN, « Entre précarité et flexibilité : réflexion sur la situation des femmes en emploi », (2012) 8-1 *Regards sur le travail* 1, 3.

⁵⁴ V. SHANNON et S. FRENCH, préc., note 52, 233; L. BOIVIN, préc., note 53, 3.

⁵⁵ Margot SHIELDS et Kathryn WILKINS, *Enquête nationale sur le travail et la santé du personnel infirmier de 2005, résultats*, Ottawa, Ministère de l'Industrie, 2006 (Statistique Canada: no 83-003-XIF au catalogue), p. 41 à 43 et 137 (tableau 24).

⁵⁶ *Id.*, p. 16 à 18 et 121 (tableau 8).

D'une part, des modifications importantes ont été apportées cette année-là aux règles régissant les relations de travail dans ce secteur⁵⁷. Rappelons que la négociation collective s'y fait à un double palier : un palier national où sont négociés les échelles de salaires et d'autres conditions de travail⁵⁸, où la grève est permise mais fortement encadrée, notamment quant à l'obligation de maintenir des services essentiels⁵⁹, et un palier local ou régional⁶⁰ où le recours à la grève est interdit et où, à défaut d'entente, un médiateur-arbitre peut être nommé à la demande d'une partie pour tenter d'amener les parties à s'entendre, ou encore, à la demande conjointe des parties, pour statuer sur leur désaccord⁶¹. Or, jusqu'en 2003, « il n'y avait jamais eu de réelle négociation locale dans le secteur de la santé et des services sociaux »⁶². Cette année-là, la *Loi concernant les unités de négociation dans le secteur des affaires sociales et modifiant la Loi sur le régime de négociation des conventions collectives dans les secteurs public et parapublic* (ci-après « Loi 30 »)⁶³ a notamment pour effet de décentraliser la négociation de vingt-six matières au palier local ou régional⁶⁴. Désormais, l'aménagement des heures et de la semaine de travail ainsi que les modalités relatives au temps supplémentaire, au rappel au travail et à la disponibilité, à l'exclusion de la rémunération⁶⁵, relèvent de négociations locales. Il en va de même de

⁵⁷ Pour un exposé détaillé du régime de négociation dans les secteurs publics et parapublics : Michel COUTU, Laurence Léa FONTAINE, Georges MARCEAU et Urwana COIQUAUD, *Droit des rapports collectifs du travail au Québec*, 2^e éd., vol. 2, « Les régimes particuliers », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013 n^{os} 579 à 685, p. 3 à 106 ; Fernand MORIN, Jean-Yves BRIÈRE, Dominic ROUX et Jean-Pierre VILLAGGI, *Le droit de l'emploi au Québec*, 4^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2010, n^o IV-195 à IV-237, p. 1323 à 1380.

⁵⁸ *Loi sur le régime de négociation des conventions collectives dans les secteurs public et parapublic*, RLRQ, c. R-8.2, art. 44 à 56 (ci-après « L.r.n.s.p.p. »).

⁵⁹ *Code du travail*, RLRQ c. C-27, art. 111.1 et suiv. (ci-après « C.t. »).

⁶⁰ Art. 58 à 69 et annexe A.1 L.r.n.s.p.p.

⁶¹ Art. 111.14 C.t. ; art. 60 et 62 à 69 L.r.n.s.p.p.

⁶² François BOLDUC, « La décentralisation des négociations dans le secteur de la santé et des services sociaux québécois : qu'en disent les gestionnaires locaux ? » (2015) 70-1 *Relations industrielles/Industrial Relations* 110, 116.

⁶³ L.Q. 2003, c. 25, maintenant RLRQ, c. U-0.1 (ci-après « Loi 30 », d'après le numéro du projet de loi). L'objectif de cette loi était aussi de réduire à quatre le nombre d'unités de négociation par établissement, une pour chaque catégorie de personnel suivante : Soins infirmiers et cardiorespiratoires ; Personnel paratechnique et personnel des services auxiliaires et de métier ; Personnel de bureau, techniciens et professionnels de l'administration ; Techniciens et professionnels de la santé et des services sociaux.

⁶⁴ Art. 58 et annexe A.1 L.r.n.s.p.p. modifiés ou ajoutés par art. 63 et 67 Loi 30.

⁶⁵ Annexe A.1, par. 9 et 10 L.r.n.s.p.p. ajoutée par art. 67 Loi 30.

matières reliées à l'organisation du travail comme les notions de postes, de service et de centre d'activités⁶⁶, la définition et les circonstances requises pour combler un poste temporairement dépourvu de titulaire, la notion de déplacement et ses modalités d'application ou la procédure de supplantation conformément aux principes généraux négociés au palier national⁶⁷.

La même année, une autre loi, la *Loi sur les agences de développement de réseaux locaux de services de santé et de services sociaux* (ci-après «Loi 25»)⁶⁸ modifie la structure du système de santé et des services sociaux notamment par la création d'un nouveau type d'établissement local de première ligne issu du regroupement d'établissements de santé, jusque-là distincts, œuvrant sur un même territoire : les Centres de santé et de services sociaux (ci-après «CSSS»)⁶⁹. Les 95 CSSS ainsi créés ont pour mission de coordonner les activités des producteurs de services sur leur territoire⁷⁰. Du point de vue des relations du travail, ils ont la responsabilité de négocier les ententes locales avec les syndicats représentant les salariés, à l'exception de certains établissements publics qui conservent leur autonomie. La réorganisation des structures du système de santé se poursuit en 2015 avec l'adoption de la *Loi modifiant l'organisation et la gouvernance du réseau de la santé et des services sociaux notamment par l'abolition des agences régionales* (ci-après «Loi 10»)⁷¹. Cette loi modifie l'organisation du réseau par l'intégration régionale des services de santé et des services sociaux et la création d'établissements publics «à mission élargie»⁷² : les Centres intégrés de santé et de services sociaux (ci-après «CISSS») et les Centres intégrés universitaires de santé et de services sociaux (ci-après «CIUSSS»).

⁶⁶ Un centre d'activités est défini dans les ententes locales que nous avons consultées comme « une entité administrative hiérarchiquement organisée au sein de la structure organisationnelle de l'établissement ». Par exemple, il peut s'agir, suivant les établissements, d'un département ou d'un regroupement de secteurs au sein de l'établissement.

⁶⁷ Annexe A.1, par. 1 à 8 L.r.n.s.p.p. ajoutée par art. 67 Loi 30.

⁶⁸ L.Q. 2003, c. 21 (ci-après «Loi 25», d'après le numéro du projet de loi) adoptée en 2003 et entrée en vigueur en 2004. Voir F. BOLDUC, préc., note 46, p. 33 à 35.

⁶⁹ Le CSSS résultait de la fusion d'établissements qui offraient les services d'un centre local de services communautaires (CLSC), d'un centre d'hébergement et de soins de longue durée (CHSLD) et, sauf exception, d'un centre hospitalier (CH).

⁷⁰ F. BOLDUC, préc., note 46, p. 35.

⁷¹ L.Q. 2015, c. 1, maintenant RLRQ, c. O-7.2 (ci-après «Loi 10», d'après le numéro du projet de loi).

⁷² *Id.*, art. 1.

Les 22 CISSS et CIUSSS créés par cette loi⁷³ résultent de la fusion des établissements publics de chaque région, notamment des CSSS, et deviennent l'entité locale du point de vue des relations du travail. Seuls sept établissements ne sont pas fusionnés⁷⁴.

En somme, depuis 2003, on observe une décentralisation de la négociation de l'organisation du travail au niveau local, mais cette négociation se fait avec des établissements publics locaux dont la mission est de plus en plus étendue. La décentralisation au plan local de la négociation portant sur l'organisation du travail devait, suivant le ministre de la Santé et des Services sociaux de l'époque, permettre aux gestionnaires locaux d'avoir une plus grande marge de manœuvre pour modifier l'organisation du travail des salariés sous leur supervision⁷⁵. Cette marge de manœuvre des gestionnaires serait toutefois toute relative, puisque la réforme mise en place en 2003 par la Loi 25 aurait permis d'augmenter le contrôle que le ministère de la Santé et des Services sociaux exerce sur la gestion des établissements: on retrouverait depuis, dans ces établissements, «de plus en plus de gestionnaires pour qui la priorité consiste à atteindre les objectifs fixés par le ministère et qui évaluent la performance de leur organisation à l'aune de l'atteinte des cibles de gestion qui leur sont imposées»⁷⁶. On peut penser que ce phénomène s'est accentué avec la réforme de 2015, qui a implanté une «gestion à deux niveaux hiérarchiques»⁷⁷.

c) Le redécoupage des frontières professionnelles en 2003

L'organisation des soins de santé doit aussi tenir compte du champ de pratique des professionnelles et professionnels de la santé prévu dans la législation, lequel a été modifié par l'adoption en 2002 de la *Loi modifiant le Code des professions et d'autres dispositions législatives dans le domaine de*

⁷³ Voir la liste des CISSS et des CIUSSS et les établissements qu'ils fusionnent: *Id.*, annexe I.

⁷⁴ *Id.*, art. 8.

⁷⁵ F. BOLDUC, préc., note 62, 112.

⁷⁶ François BOLDUC, «L'évolution de la représentation qu'ont les gestionnaires de santé de leur travail: les impacts de la réforme québécoise de 2003», (2014) 2-4 *Revue Gestion et Management public* 5, 18.

⁷⁷ Art.1 Loi 10. Avant 2015, le système de santé se composait de trois paliers: le palier central (ministère de la Santé et des services sociaux), régional (Agences de développement de réseaux locaux de services de santé et de services sociaux) et local (CSSS et autres établissements non fusionnés). Les CISSS/CIUSSS ont fusionné les institutions des deux derniers paliers.

la santé (ci-après «Loi 90») ⁷⁸. Cette loi, entrée en vigueur en 2003, a revu le partage des activités cliniques entre onze professions du domaine de la santé, dont les infirmières ⁷⁹, afin d'accroître l'interdisciplinarité et la multidisciplinarité, ce qui a eu pour effet de redéfinir le rôle de l'infirmière au sein de comités interdisciplinaires. Cette loi a modifié l'article 36 de la *Loi sur les infirmières et infirmiers* ⁸⁰, lequel dresse une liste des activités réservées à l'infirmière. Par exemple, l'élaboration d'un plan thérapeutique infirmier (ci-après «PTI»), document qui établit un profil clinique évolutif des problèmes et des besoins de chaque patient, fait maintenant partie des activités réservées à l'infirmière ⁸¹. À partir du PTI, l'infirmière donne des directives aux autres membres de l'équipe de soins, notamment aux infirmières auxiliaires ou aux préposés au bénéficiaire, en vue d'assurer le suivi clinique. L'implantation du PTI suppose un changement important pour les infirmières, qui doivent réaliser que la période «où tout ce qui touchait le malade devait passer par les mains de l'infirmière est révolue» et qu'il faut «apprendre à déléguer» et à «confier à d'autres des activités ou des tâches [qu'elles ont] exécutées depuis des temps historiques et qui représentaient [...] un symbole fort de [la] profession» ⁸². Certains craignent que ces nouvelles responsabilités contribuent à alourdir la charge de travail des infirmières en l'absence d'une véritable réorganisation du travail, car elles ne peuvent être effectuées par une infirmière auxiliaire ou un préposé ⁸³.

C'est dans un contexte marqué par ces réformes importantes que s'exercent, au plan des établissements locaux, les droits de direction de l'employeur en matière d'organisation du travail et de la disponibilité des infirmières. L'analyse de l'obligation de disponibilité doit inévitablement

⁷⁸ *Loi modifiant le Code des professions et d'autres dispositions législatives dans le domaine de la santé*, L.Q. 2002, c. 33 (ci-après «Loi 90», d'après le numéro du projet de loi).

⁷⁹ La Loi 90 a départagé les activités cliniques entre chacune des onze professions suivantes: infirmière, infirmière auxiliaire, inhalothérapeute, médecin, pharmacien, technologue en radiologie, technologiste médical, diététiste, orthophoniste/audiologiste, physiothérapeute et ergothérapeute.

⁸⁰ *Loi sur les infirmières et les infirmiers*, RLRQ, c. I-8, art. 36, tel que modifié par l'article 12 de la Loi 90.

⁸¹ L'implantation du PTI s'est échelonnée sur trois ans. Il est obligatoire depuis le 1^{er} avril 2009: Margot PHANEUF, «La loi 90 et le plan thérapeutique infirmier» (2008) *Infirressources* 1, 7 en ligne: <http://www.prendresoain.org/wp-content/uploads/2014/10/La_loi_90_et_le_plan_therapeutique_infirmier.pdf> (consulté le 5 juin 2019).

⁸² *Id.*, 14 et 15.

⁸³ *Id.*, 14.

tenir compte de facteurs propres au réseau public de santé, comme la structure du réseau et le financement des services, la pénurie de personnel ou le contenu des conventions collectives nationales, mais aussi des modes d'organisation du travail propres à chaque établissement, du contenu des ententes locales qui y sont négociées et de la pratique quotidienne des infirmières. Notre méthodologie doit nous permettre de cerner l'incidence de ces multiples niveaux sur l'obligation de disponibilité des infirmières.

B. Méthodologie

Nous avons eu recours à une méthode mixte, combinant des études empiriques et une analyse jurisprudentielle.

D'une part, deux études empiriques sur l'obligation de disponibilité des infirmières ont été menées. Par la réalisation d'entrevues avec des infirmières, des gestionnaires, des conseillers syndicaux et des membres d'exécutifs syndicaux, nous avons voulu comprendre comment cette obligation de disponibilité se manifestait concrètement tout en cernant le contexte de travail des infirmières et les contraintes propres au réseau de la santé. Ces études ont donné lieu à deux mémoires de maîtrise dont les résultats, complémentaires, s'inscrivaient dans un projet de recherche plus large sur l'obligation de disponibilité des salariés.

La première étude (ci-après « Étude 1 ») portait uniquement sur le TSO⁸⁴. Elle avait pour objectif d'examiner si le recours au TSO variait selon l'organisation du travail infirmier dans des établissements différents. Cette étude a été menée dans deux établissements québécois (un centre hospitalier anglophone et un centre hospitalier francophone) à l'aide d'entretiens menés de mars à octobre 2014 auprès de cinq gestionnaires (deux pour chacun des établissements et un du réseau de la santé et des services sociaux), quatre conseillers syndicaux (deux pour chaque établissement) et deux membres de l'exécutif de l'organisation syndicale en place dans chacun des établissements⁸⁵. L'étude a aussi porté sur le contenu de la con-

⁸⁴ Claudia ROSSIGNOL, *Organisation du travail et temps supplémentaire obligatoire chez les infirmières dans le secteur de la santé au Québec: comparaison de deux centres hospitaliers*, mémoire de maîtrise, École de relations industrielles, Université de Montréal, 2017.

⁸⁵ Notons que ces entretiens ont été menés avant l'adoption de la Loi 10.

vention collective nationale et des ententes locales applicables à ces établissements⁸⁶.

La deuxième étude (ci-après « Étude 2 ») portait plus largement sur les manifestations de l'obligation de disponibilité des infirmières (et non seulement sur le TSO) et sur l'influence que pouvait avoir leur identité professionnelle sur celles-ci⁸⁷. Dans le cadre de cette étude, dix entrevues semi-dirigées ont été effectuées en juillet et août 2016 auprès d'infirmières en soins généraux (détentrices d'un diplôme d'études collégiales en soins infirmiers) et d'infirmières cliniciennes (détentrices d'un baccalauréat universitaire en sciences infirmières).

D'autre part, une recension de la jurisprudence québécoise des dix dernières années sur l'obligation de disponibilité des infirmières a été menée à partir de la banque de la Société québécoise d'information juridique⁸⁸. Cette recension ne se limite pas aux sentences arbitrales concernant les établissements examinés dans l'Étude 1. Elle est complémentaire aux études empiriques et a pour objet de colliger des informations provenant d'établissements de l'ensemble du réseau. L'analyse a porté sur les circonstances factuelles rapportées dans les décisions, nous permettant de préciser ou de corroborer le portrait des différentes manifestations de l'obligation de disponibilité des infirmières découlant de nos études empiriques. L'analyse a aussi porté sur les règles mobilisées par les parties dans les litiges en cause, notamment sur celles issues des conventions collectives nationales ou des ententes locales, et sur l'interprétation qui en a été faite par les décideurs.

⁸⁶ Pour des raisons de confidentialité, nous avons choisi de ne pas référer à la convention collective nationale et aux ententes locales applicables à ces établissements, car cela aurait permis d'identifier les parties en cause, notamment, dans le cas de la convention nationale, la partie syndicale. Mentionnons que de nouvelles conventions collectives nationales applicables aux infirmières sont entrées en vigueur en juillet 2016. Nous avons utilisé le contenu des conventions collectives qui étaient en vigueur au moment de la réalisation de nos études.

⁸⁷ Alexandra CYR, *L'identité professionnelle des infirmières comme source d'un travail gratuit et d'une obligation de disponibilité implicite*, mémoire de maîtrise, École de relations industrielles, Université de Montréal, 2017.

⁸⁸ La recherche jurisprudentielle est à jour au 5 juin 2019.

III. Résultats

Nos résultats portent sur les différentes manifestations de l'obligation de disponibilité des infirmières (A) et explorent les facteurs explicatifs de ce phénomène qui illustrent le cadre particulier dans lequel sont exercés les droits de direction de l'employeur dans les établissements publics de la santé et des services sociaux au Québec (B).

A. Les manifestations de l'obligation de disponibilité

Sans surprise, le recours au temps supplémentaire obligatoire est ressorti comme l'une des manifestations de l'obligation de disponibilité des infirmières, et ce, tant dans la jurisprudence que dans les deux études empiriques (b). L'existence de listes de disponibilité par lesquelles les infirmières peuvent volontairement inscrire leur disponibilité pour effectuer des heures de travail (a), l'instauration de périodes de garde (c), l'obligation d'être disponibles pendant les pauses-repas (d) ou dans les périodes de chevauchement entre les quarts de travail (e) et le fait de travailler avant ou après leurs heures régulières de travail sont d'autres manifestations que nous avons constatées (f).

a) Les listes de disponibilité

La convention collective nationale applicable aux deux établissements étudiés dans l'Étude 1 prévoit que les parties à une entente locale peuvent utiliser une liste de disponibilité. Les modalités de mise en place et de fonctionnement de cette liste varient suivant les ententes locales applicables à ces établissements. La jurisprudence que nous avons consultée illustre que le recours à ces listes n'est pas propre à ces deux établissements.

Les listes de disponibilité dans les ententes locales telles qu'on les connaît maintenant sont apparues dans la foulée du processus de titularisation des postes entrepris dans le réseau de la santé à partir de 2006, à la suite de l'adoption (sous bâillon) de la *Loi concernant les conditions de travail dans le secteur public*⁸⁹. En vertu de ce processus, toutes les salariées en

⁸⁹ L.Q. 2015, c. 43. Cette loi avait notamment pour objet d'imposer le renouvellement des conventions collectives des salariés du secteur public jusqu'au 31 mars 2010 et de modifier certaines conditions de travail prévues par ces conventions collectives. En vertu de son article 13, la loi donnait aussi effet à 13 ententes sectorielles intervenues

soins infirmiers qui travaillaient jusque-là à temps partiel sur une base occasionnelle, c'est-à-dire sans être titulaire d'un poste, devaient obtenir un poste nouvellement créé, qui pouvait être à temps plein ou à temps partiel comportant au minimum l'équivalent de deux jours de travail par semaine (soit huit quarts par vingt-huit jours)⁹⁰. Ces salariées devaient se porter candidates à l'un de ces postes, à défaut de quoi leur lien d'emploi était rompu⁹¹. L'objectif de cette mesure était de réduire la précarité des salariées en éliminant le travail occasionnel, de stabiliser les équipes de travail et de limiter le recours au temps supplémentaire et au TSO. Notons que depuis, on a procédé, localement, au « rehaussement » du nombre d'heures des postes à temps partiel⁹².

Ce processus a eu pour effet de supprimer les listes de rappel des infirmières qui travaillaient sur une base occasionnelle pour les remplacer par des listes de disponibilité. Ces listes servent à combler les postes temporairement dépourvus de leur titulaire ou à satisfaire à des besoins découlant

entre le Comité patronal de négociation du secteur de la santé et des services sociaux (CPNSSS) et des associations représentant des salariés de ce secteur. La Cour supérieure a jugé que cette loi ne portait pas atteinte à la liberté d'association protégée par l'article 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés: Centrale des syndicats du Québec c. Québec (Procureur général)*, 2013 QCCS 32, [2013] n° AZ-50926358. Le Comité de la liberté syndicale de l'Organisation du travail a au contraire estimé que cette loi violait les principes de la liberté syndicale établis dans la *Convention (n° 87) sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, 1948* et dans la *Convention (n° 98) sur le droit d'organisation et de négociation collective, 1949*: BIT, Conseil d'administration, *Rapport n° 344 du Comité de la liberté syndicale, Bulletin officiel du BIT*, série B, vol. XC, 2007, n° 1, p. 119 [Cas n° 2467 (Canada)].

⁹⁰ *Loi concernant les conditions de travail dans le secteur public*, préc., note 89, art. 14 et annexe 4, art. 2. Les sentences arbitrales suivantes présentent des exemples du processus de titularisation des postes effectué localement: *Syndicat des professionnelles et professionnels en soins de santé du Sud-Ouest et de Verdun (FIIQ) et Centre de santé et de services sociaux (CSSS) du Sud-Ouest Verdun*, [2011] n° AZ-50787898 (T.A.); *Alliance des syndiquées interprofessionnelles du CHUQ (ASIC-FIQ) et Centre hospitalier universitaire de Québec (CHUQ)*, 2014 QCTA 338, [2014] n° AZ-51071781.

⁹¹ *Loi concernant les conditions de travail dans le secteur public*, préc., note 89, art. 14 et annexe 4, art. 2(4). Pour un exemple du mécontentement exprimé par des infirmières qui souhaitaient conserver un statut d'occasionnelles: Chantal VALLÉE, « Pas de travail pour ces infirmières », *La Voix de l'Est*, 28 mars 2009, en ligne: <<https://www.lavoixdelest.ca/actualites/pas-de-travail-pour-ces-infirmieres-f17111060e58123f7fcfb3f3736bdebd>> (consulté le 5 juin 2019).

⁹² Voir par exemple: *Alliance des syndiquées interprofessionnelles du CHUQ (ASIC-FIQ) et Centre hospitalier universitaire de Québec (CHUQ)*, préc., note 90, par. 91.

d'un fardeau temporaire de tâches. Ce sont essentiellement les infirmières titulaires d'un poste à temps partiel qui s'y inscrivent en précisant, par écrit, les journées de la semaine et les quarts de travail où elles assurent une disponibilité additionnelle à leur horaire de travail. Certaines ententes locales prévoient une disponibilité minimale pour d'autres infirmières qui s'inscrivent sur la liste de disponibilité: par exemple, dans une entente locale, il est prévu qu'une infirmière candidate à l'exercice de la profession ou une infirmière mise à pied à la suite de la fermeture de l'établissement où elle travaillait, doit assurer une disponibilité minimale de huit jours par période de quatorze jours dont une fin de semaine aux deux semaines, cette disponibilité devant être adaptée aux besoins de l'employeur, pour être inscrite sur une liste de disponibilité⁹³. Notons que les conventions collectives et ententes locales ont été amendées pour permettre que certaines infirmières non titulaires d'un poste puissent aussi être inscrites sur la liste de disponibilité: par exemple, en vertu des dispositions d'une convention collective nationale, une infirmière âgée de 55 ans et plus, une infirmière qui occupe un poste dans un autre établissement du réseau ou une infirmière qui assume une charge d'enseignement dans une maison d'enseignement reconnue peut abandonner son poste et conserver son lien d'emploi avec l'établissement en s'inscrivant sur la liste de disponibilité pour autant qu'elle offre annuellement une disponibilité réelle et raisonnable: elle n'est pas tenue de fournir la disponibilité minimale prévue dans l'entente locale⁹⁴. Il en est de même d'une infirmière en congé sans solde à la suite d'un congé de maternité, de paternité ou d'adoption, qui peut faire inscrire son nom sur la liste de disponibilité au cours de la deuxième année de son congé sans solde plutôt que de revenir à son ancien poste⁹⁵.

Dans les ententes locales étudiées dans l'Étude 1, l'employeur s'engage à répartir les remplacements à pourvoir selon l'ancienneté des salariées disponibles inscrites sur les listes qui répondent aux exigences normales de la tâche. Il peut radier le nom d'une salariée d'une liste de disponibilité lorsque, comme le précise explicitement une entente locale, celle-ci néglige régulièrement de respecter la disponibilité qu'elle y a inscrite. Les deux

⁹³ *Id.*, par. 90.

⁹⁴ *Id.* [Infirmière enseignant dans un cégep].

⁹⁵ *Alliance des syndiquées interprofessionnelles du CHUQ (ASIC-FIQ) et Centre hospitalier universitaire de Québec (CHUQ)*, 2014 QCTA 1113, par. 11 à 16, [2014] n° AZ-51144498.

ententes prévoient que l'employeur doit en aviser la salariée en cause et son syndicat en indiquant les motifs.

Les dispositions sur la liste de disponibilité ne semblent pas avoir été introduites sans heurts dans les ententes locales, comme en témoigne l'expérience de l'établissement anglophone (Étude 1). Comme nous l'a mentionné un interlocuteur syndical, « [p]ersonne ne comprenait, qu'est-ce qu'il fallait faire, les gens ne comprenaient pas l'idée qui fallait se mettre sur une liste de rappels pis de s'engager à être disponible de telle manière pendant X nombres de mois » (Étude 1). Dans les faits, comme nous l'ont révélé deux autres interlocuteurs syndicaux, ces listes n'ont pratiquement pas été appliquées dans cet établissement, les infirmières en place préférant réorganiser le travail entre elles et accepter la surcharge de travail plutôt que devoir inscrire des disponibilités sur une liste longtemps à l'avance.

Alors que ces listes voulaient pallier les remplacements ou les surcroûts de travail temporaires, elles se révèlent contraignantes, compte tenu de la période étendue pendant laquelle les infirmières doivent faire connaître à l'avance leur disponibilité et compte tenu de l'obligation qui résulte de cette inscription. En inscrivant leur nom sur cette liste, les infirmières ne savent pas à l'avance si elles devront travailler. Elles doivent néanmoins planifier leur temps personnel sur une longue période, en fonction d'une éventuelle demande de leur employeur et ne peuvent refuser de se présenter au travail si leurs services sont sollicités dans des périodes où elles se sont déclarées disponibles, sous peine d'être éventuellement radiées de cette liste. Une infirmière rencontrée considère d'ailleurs ces listes comme une « façon déguisée de faire du temps supplémentaire obligatoire » (Étude 2) alors qu'elles avaient notamment pour objectif de le limiter.

b) Le recours au temps supplémentaire et au temps supplémentaire obligatoire

Les règles relatives à la rémunération du temps supplémentaire sont prévues dans les conventions collectives nationales mais les modalités d'attribution des heures supplémentaires sont définies dans les ententes locales et peuvent donc varier d'un établissement à l'autre. Ainsi, la convention collective nationale applicable aux établissements étudiés dans l'Étude 1 définit les heures supplémentaires de travail comme celles qui sont exécutées par les salariées en sus de leur journée ou de leur semaine régulière de travail ou encore exécutées pendant leur congé hebdomadaire, et qui

donnent droit à une rémunération à un taux majoré. Les ententes locales des établissements étudiés prévoient que l'employeur doit offrir le travail en temps supplémentaire aux salariées disponibles à tour de rôle, de manière à le répartir équitablement entre les salariées qui exécutent normalement ce travail. Les salariées disponibles sont celles qui ont exprimé leur disponibilité par écrit pour du temps supplémentaire pendant une période donnée. Les deux ententes prévoient toutefois que dans les cas imprévus ou en situation d'urgence, l'employeur offre le temps supplémentaire de préférence à la salariée sur place.

Rien dans la rédaction des clauses applicables à ces deux établissements n'évoque le phénomène du temps supplémentaire *obligatoire*. Au contraire, l'employeur « offre » le temps supplémentaire aux salariées s'étant déclarées disponibles. À la seule lecture de ces clauses, on pourrait croire que le TSO n'existe pas, d'autant que d'autres options sont négociées pour pourvoir aux remplacements d'infirmières absentes ou pour répondre à des surcroîts temporaires de travail. D'une part, la convention collective nationale prévoit la formation d'une équipe de remplacement constituée d'infirmières ayant été mises à pied et bénéficiant de la sécurité d'emploi, qui peuvent être assignées à un remplacement dans un établissement. D'autre part, les ententes locales des deux centres à l'étude contiennent des dispositions sur les équipes volantes formées d'infirmières titulaires d'un poste dans l'établissement. Ces règles s'ajoutent aux listes de disponibilité négociées à l'échelle locale. En principe, ce n'est qu'en dernier recours que le recours au temps supplémentaire peut être envisagé. La jurisprudence que nous avons consultée révèle que ces options existent aussi, avec des variations suivant les ententes locales, dans d'autres établissements du réseau de la santé.

Or, le recours au temps supplémentaire et au TSO reste très important, et ce, dans l'ensemble du réseau. Une première raison tient au fait qu'en vertu des ententes locales, notamment celles qui s'appliquent aux deux établissements étudiés dans l'Étude 1, l'employeur comble les remplacements ou les surcroîts temporaires de travail lorsqu'il estime que les besoins du centre d'activités le justifient : il n'est pas tenu de le faire⁹⁶. Une deuxième

⁹⁶ *Syndicat des infirmières, infirmières auxiliaires et inhalothérapeutes de l'Est du Québec (SIIIEQ) (CSQ) et Centre intégré de santé et de services sociaux de la Gaspésie (CSSS du Rocher-Percé)*, 2017 QCTA 477, par. 30 à 33, [2017] n° AZ-51406501.

raison tient au fait que lorsque les gestionnaires décident de remplacer une personne absente, les listes de disponibilité et le temps supplémentaire obligatoire semblent être les voies privilégiées. En effet, les équipes volantes créées par les ententes locales n'existeraient plus en réalité, puisque les infirmières qui les composent sont toutes affectées à des postes et ne sont plus mobiles. Quant à l'équipe de remplacement, elle est à peine évoquée dans les entretiens, ce que nous attribuons au fait qu'il existe peu d'infirmières ayant été mises à pied dans le réseau compte tenu de la pénurie de main-d'œuvre.

Nos entretiens révèlent qu'en pratique, il existe deux manières de solliciter les infirmières pour leur proposer de travailler en temps supplémentaire. La première est de solliciter les infirmières par téléphone, tant celles qui se sont inscrites sur la liste de disponibilité que celles qui ne le sont pas (Étude 2). La deuxième est de solliciter des volontaires directement sur les lieux du travail. La définition de ce qu'est le temps supplémentaire obligatoire dans ce contexte est très contestée, comme l'illustrent les entretiens que nous avons réalisés.

Pour les gestionnaires, le « vrai » TSO est celui qui contraint la personne possédant le moins d'ancienneté de travailler en temps supplémentaire, comme nous l'explique un gestionnaire :

S'il manque une infirmière et qu'il est impossible de réorganiser les soins sans cette personne, le gestionnaire va commencer par aller sur l'unité et demander à chacune des infirmières si elles accepteraient de rester. Si elles refusent, le gestionnaire appelle ensuite les infirmières qui travaillent sur cette unité de soins à temps partiel. Si elles refusent, le gestionnaire demande aux infirmières de l'équipe volante. S'il n'y a toujours personne de disponible, le gestionnaire va repasser sur l'unité et demander à nouveau aux infirmières. Si une infirmière accepte à ce moment, ce n'est toujours pas considéré comme étant du TSO. Si elles refusent à nouveau, alors le gestionnaire devra obliger l'infirmière qui détient le moins d'ancienneté à faire du TSO. (Étude 1)

D'autres interlocuteurs ont une définition plus large du TSO pesant sur l'équipe de travail. Les infirmières sentent qu'elles n'ont pas le choix de s'organiser entre elles pour prendre en charge les demandes de temps supplémentaire car elles savent que tôt ou tard le gestionnaire l'imposera à une ou plusieurs d'entre elles. Les infirmières les acceptent en vertu d'ententes informelles entre elles pour éviter que certaines soient forcées de travailler en TSO. Ce type de TSO est très important dans l'établissement

francophone (Étude 1), mais aussi ailleurs dans le réseau, comme le révèle une infirmière rencontrée dans le cadre de l'Étude 2 :

C'est sûr qu'ils (les gestionnaires) allaient toujours vers les nouvelles, après ça celles qui avaient des enfants et qui étaient mal prises, donc de temps en temps on se disait, on va rester à sa place ou des choses comme ça. [...] le temps supplémentaire obligé dans les hôpitaux, il n'y a rien de pire, ça crée des tensions partout, des pleurs... (Étude 2)

Ce type de temps supplémentaire est contraignant parce que les infirmières se sentent coupables de refuser d'en accomplir compte tenu des relations qu'elles entretiennent avec leurs collègues et de la pression sociale qu'elles subissent. Ce TSO collectif et implicite a été reconnu comme tel dans une sentence arbitrale :

[558] Pour le Tribunal, est considéré comme temps supplémentaire obligatoire (TSO) :

1. Toute période pendant laquelle une infirmière est forcée à exécuter une prestation de travail en dehors de son quart régulier de travail.
2. L'acceptation in extremis d'une infirmière faisant le constat de la nécessité de se « sacrifier » pour éviter l'odieux d'une charge de travail supplémentaire sur les épaules des collègues déjà surchargés.
3. Le fait d'entrer au travail plusieurs heures avant le début de son quart de travail dans l'espoir de ne pas se voir exiger de continuer à travailler en TSO après son quart de travail.

[559] En effet, bien que l'on soit en présence d'une acceptation de travailler en temps supplémentaire, le caractère libre et volontaire n'est de fait pas présent puisque la réponse positive n'est donnée qu'en raison des pressions intenses exercées sur le groupe d'infirmières.

[...] [L]e système est en soi bien contraignant, voire même intimidant. C'est toute l'équipe qui se sent concernée par une telle obligation. Le refus de l'une face à un surcroît de travail pour tous les autres membres de l'équipe avec le risque que les clientes ne reçoivent pas le niveau de soins auquel elles ont droit, exerce une pression énorme. C'est un dilemme cornélien pour des professionnel(le)s.⁹⁷

⁹⁷ *Syndicat interprofessionnel du CHU de Québec (FIQ) et Centre hospitalier universitaire de Québec (CHU de Québec)*, 2014 QCTA 836, par. 557, 558 et 566, [2014] n° AZ-51115222.

c) Les périodes de garde

Les périodes de garde sont celles pendant lesquelles les infirmières, sans être réputées au travail, se voient contraintes d'être joignables, disponibles pour travailler et en état de le faire si l'employeur le leur demande. Cette manifestation de l'obligation de disponibilité est connue et encadrée par les conventions collectives nationales et les ententes locales. La convention collective nationale applicable aux établissements examinés dans l'Étude 1 prévoit que les infirmières de garde après leur journée ou leur semaine régulière de travail reçoivent une prime équivalant à une heure de travail à taux simple pour chaque huit heures de disponibilité et qu'elles ont droit à une rémunération minimale de deux heures au taux applicable pour les heures supplémentaires de travail lorsqu'elles sont rappelées au travail pendant ces périodes. Celles qui sont rappelées au travail alors qu'elles sont de garde à l'extérieur de l'établissement ont aussi droit à une indemnité de transport.

Les ententes locales applicables à ces établissements traitent, pour leur part, de l'organisation de ces périodes de garde. Elles prévoient que lorsque les besoins d'un centre d'activités exigent du personnel de garde, « les salariées doivent s'y soumettre à tour de rôle » à moins qu'un nombre suffisant de salariées se soient portées volontaires. Il revient aussi à l'employeur de décider si la salariée de garde doit demeurer dans l'établissement ou si elle peut rester à son domicile pendant sa garde, cette dernière option n'étant possible que si la salariée peut se rendre au travail en cas de rappel dans un délai d'une demi-heure⁹⁸. L'employeur doit fournir un téléavertisseur ou un appareil similaire à la salariée de garde, celle-ci devant s'assurer de son bon fonctionnement « partout où elle se trouve, en tout temps » suivant ces ententes locales. L'employeur doit aussi mettre à disposition une chambre ou un local convenablement aménagé pour l'infirmière de garde dans l'établissement.

⁹⁸ Voir par exemple, le cas d'une infirmière détentrice en congé parental sans solde à temps partiel obligée d'assurer le service de garde durant les fins de semaine en plus des journées de disponibilité prévues pendant son congé à temps partiel. Puisqu'elle ne peut se rendre au travail dans les 30 minutes, elle doit fournir ces gardes sur place et non de son domicile : *Syndicat des intervenantes et intervenants de la santé du Nord-Est québécois (CSQ) et Centre de santé et de services sociaux de la Basse-Côte-Nord*, [2012] n° AZ-50906880.

Les entretiens réalisés dans le cadre des Études 1 et 2 révèlent que des périodes de garde obligatoires sont imposées, essentiellement, dans des centres d'activités où les services ne sont pas dispensés en continu, vingt-quatre heures sur vingt-quatre, sept jours sur sept⁹⁹. Dans ces unités, par exemple au bloc opératoire ou à l'unité d'hémodialyse, les infirmières travaillent sur les quarts de jours et/ou de soir. L'employeur ayant l'obligation de fournir ces services de santé en tout temps lorsqu'une demande lui est faite, les périodes de garde permettent le faire en dehors de ces quarts de travail.

La jurisprudence illustre cependant le recours à des périodes de garde dans d'autres circonstances. Dans une sentence arbitrale rendue en 2011, un arbitre confirme le droit de l'employeur de remplacer des infirmières qui doivent s'absenter sur le quart de nuit par des infirmières auxiliaires, puisqu'il avait mis en place un service de garde permettant à l'infirmière auxiliaire de communiquer, en tout temps, avec une infirmière de garde s'il y avait un problème¹⁰⁰. Une autre sentence rendue en 2011 porte sur l'imposition par l'employeur de périodes de garde obligatoires intégrées à l'horaire de travail des infirmières, comme moyen de pallier le recours au TSO¹⁰¹. En l'absence de limites imposées par la convention collective, l'arbitre conclut que les infirmières devaient se conformer à ces périodes de garde que l'employeur pouvait imposer en vertu de ses droits de direction. Il lui revenait d'évaluer « tous les besoins du service, quels qu'ils soient » qui exigent l'imposition de ces périodes¹⁰². L'employeur avait introduit de multiples mesures depuis 2001 pour pallier la pénurie d'infirmières et avait recours le moins souvent possible au rappel des infirmières de garde. L'arbitre a considéré que ces gardes obligatoires intégrés à l'horaire et pré-

⁹⁹ Cette distinction a des conséquences sur les normes de rémunération en temps supplémentaire applicables aux infirmières cliniciennes: *Professionnelles et professionnels en soins de santé unis (PSSU-FIQ)* et *Centre de santé et de services sociaux Dorval-Lachine-Lasalle*, 2014 QCTA 516, [2014] n° AZ-51086770; *FIQ – Syndicat des professionnelles en soins des Cantons-de-l'Est* et *Centre intégré universitaire de santé et de services sociaux de l'Estrie – Centre hospitalier de l'Université de Sherbrooke (CIUSSS – CHUS)*, 2018 QCTA 597, [2018] n° AZ-51537605.

¹⁰⁰ *Syndicat des travailleuses et travailleurs de la Vallée de la Batiscan* et *Centre de santé et de services sociaux de la Vallée de la Batiscan*, [2011] n° AZ-50718866.

¹⁰¹ *Centre hospitalier universitaire Sainte-Justine* et *Syndicat des professionnels en soins infirmiers et cardiorespiratoires du Centre hospitalier universitaire Sainte-Justine*, [2011] n° AZ-50780685.

¹⁰² *Id.*, par. 105, 106 et 123.

vues à l'avance étaient moins contraignantes pour les infirmières que le recours au TSO à la dernière minute¹⁰³.

L'employeur peut exiger des périodes de garde pendant les congés hebdomadaires des infirmières¹⁰⁴, même lorsque ces périodes engendrent des difficultés de conciliation travail-famille¹⁰⁵, puisque la plupart des conventions et ententes locales reconnaissent que l'employeur peut utiliser ce moyen dans l'organisation du travail s'il n'est pas incompatible avec le contenu des ententes négociées. A toutefois été jugé contraire à ces ententes la décision d'un employeur de répartir les gardes de nuit des infirmières de la salle de réveil du bloc opératoire à toutes les infirmières travaillant sur les quarts de jour et sur les quarts du soir, plutôt que seulement aux infirmières des quarts du soir : cela était incompatible avec les termes des ententes collectives puisque les infirmières du quart de jour auraient été en périodes de garde avant leur quart de travail¹⁰⁶.

d) Les pauses et les pauses-repas

L'obligation de disponibilité des infirmières peut aussi s'imposer durant leurs pauses-repas, et ce, même si plusieurs ententes locales, comme celles applicables aux établissements examinés dans l'Étude 1, prévoient qu'elles ne sont pas tenues de prendre leur repas dans l'établissement. Lorsque l'employeur demande à une infirmière de rester à son poste de travail ou dans son unité¹⁰⁷ pendant sa pause-repas, cette période doit être rémunérée, conformément à la *Loi sur les normes du travail*¹⁰⁸. Cependant, dans d'autres cas, aucune demande formelle de la part des gestionnaires ne requiert des infirmières qu'elles restent sur leur lieu de travail pendant la pause ou la

¹⁰³ *Id.*, par. 109 à 118 et 129.

¹⁰⁴ *Centre de santé et de services sociaux de Chicoutimi et Syndicat des professionnelles et des professionnels en soins infirmiers et cardiorespiratoires du Centre de santé de Chicoutimi*, [2011] n° AZ-50784495.

¹⁰⁵ *Syndicat des intervenantes et intervenants de la santé du Nord-Est québécois (CSQ) et Centre de santé et de services sociaux de la Basse-Côte-Nord*, préc., note 98, par. 120.

¹⁰⁶ *Centre de santé et de services sociaux de Chicoutimi et Syndicat des professionnelles et des professionnels en soins infirmiers et cardiorespiratoires du Centre de santé de Chicoutimi*, préc., note 104.

¹⁰⁷ *Fédération interprofessionnelle de la santé du Québec (FIQ) et CISSS Bas St-Laurent (CISSS Rimouski-Neigette)*, 2016 QCTA 920, [2016] n° AZ-51349134.

¹⁰⁸ Art. 79 L.n.t.

pause-repas ou qu'elles écourtent la durée de celle-ci. Pourtant, la majorité des infirmières que nous avons rencontrées le font.

Il en est ainsi d'une infirmière qui travaille aux soins intensifs. Celle-ci explique que, dans son service, prendre l'entièreté de la pause ou de la pause-repas est irréaliste compte tenu des nombreux imprévus ou urgences qui surviennent quotidiennement, ainsi que des visites médicales, qui prennent un temps considérable :

Des fois, les médecins arrivent pour les tournées médicales, nous il faut présenter nos patients aux médecins, [...] [T]u ne peux pas partir en pause, car tu dois présenter tes patients et ensuite ta collègue aussi doit le faire. Tu ne peux pas lui donner tes patients pour qu'elle puisse te couvrir comme normalement pendant nos pauses parce qu'il faut qu'elle présente ses patients aussi. Des fois, les médecins arrivent au mauvais moment pour les tournées, alors le matin c'est difficile de prendre une pause, [...] On essaie de s'entraider [...]. (Étude 2)

La question du droit à la rémunération des infirmières qui restent disponibles pendant leur pause-repas en l'absence d'une directive explicite de l'employeur a été examinée dans une sentence arbitrale rendue en 2013. Cinq infirmières travaillant sur les quarts de soir ou de nuit dans un CHSLD ou dans l'unité de médecine gériatrique d'un centre hospitalier rattachés à un CSSS¹⁰⁹ réclamaient d'être rémunérées pendant leur pause-repas parce qu'elles restaient sur les lieux de travail pour pouvoir intervenir s'il se présentait une urgence, et ce, même si l'employeur n'avait formulé aucune directive en ce sens. Ces infirmières étaient les seules de l'équipe de soins autrement composée d'infirmières auxiliaires et de préposés aux bénéficiaires. L'employeur avait refusé de les rémunérer durant cette période au motif qu'elles avaient agi par choix personnel. L'arbitre a toutefois estimé que si les infirmières ont pris cette décision, c'est parce que l'employeur « leur a demandé de décider en fonction des besoins immédiats du département où elles travaillent et en fonction de leurs responsabilités professionnelles [déontologiques] eu égard à ces besoins »¹¹⁰. Dans diverses situations d'urgence pouvant survenir pendant cette période – par exemple la chute ou la détresse respiratoire ou cardiaque d'un patient – il revenait à l'infirmière de procéder à l'évaluation du patient et de décider de la mesure à

¹⁰⁹ *Syndicat des professionnelles de la santé de Sorel-Tracy (FIQ) et Centre de santé et de services sociaux Pierre-de-Saurel*, [2013] n° AZ-50971093.

¹¹⁰ *Id.*, par. 184.

prendre, ces responsabilités ne pouvant être déléguées à des salariées d'un autre titre d'emploi. L'arbitre rappelle que la *Loi sur les normes du travail*, d'ordre public, établit que la pause-repas doit être rémunérée si le salarié n'est pas autorisé à quitter son poste de travail¹¹¹ ou si, en vertu du premier paragraphe de l'article 57 de la Loi, il est, pendant sa pause-repas, «à la disposition de son employeur sur les lieux du travail et qu'il est obligé d'attendre qu'on lui donne du travail»¹¹². Dans ce dernier cas, le salarié est réputé au travail et a droit à la rémunération prévue à la convention collective¹¹³. Lorsque la convention collective applicable prévoit la rémunération à temps supplémentaire pour le temps travaillé pendant la période de repas, l'employeur ne peut rémunérer ces infirmières à taux simple sous prétexte qu'elles n'ont pas travaillé mais uniquement été disponibles¹¹⁴.

Dans d'autres cas, les infirmières choisissent de demeurer sur leur lieu de travail pendant les pauses repas pour ne pas alourdir la charge de travail de leurs collègues, comme le révèle une infirmière responsable d'une pagette ou d'un téléphone pour les urgences :

Quand on est en charge, on a le téléphone sur nous. Pour tout le quart, tu es la personne à appeler, mais normalement une personne qui est obligée de rester sur son unité, devrait être payée sur son heure de dîner [...] Mais nous quand on a le *pager*, il faut le donner à une autre infirmière pendant ta pause. Sauf que quand tu as le *pager*, c'est parce que tu as aussi la charge de patients la plus facile du quart. Et là, il faut que tu le donnes à l'infirmière avec qui tu travailles, mais elle, elle est peut-être vraiment occupée par ses patients puisqu'ils ont été cotés haut. Donc, des fois tu te sens mal, alors tu préfères le garder, et si ça se met à sonner, tu y vas même si tu es en pause. Donc, dans ces temps-là, tu ne peux pas aller dehors. (Étude 2)

Enfin, d'autres infirmières expliquent rester à leur poste de travail durant la période de pause afin d'accomplir des tâches qu'elles n'auraient pas le temps de faire pendant leur quart de travail, notamment, comme nous l'a expliqué une infirmière, «pour faire [s]es papiers» (Étude 2). Cette infirmière confirme que si elle reste la majorité du temps sur les lieux du

¹¹¹ Art 79(2) L.n.t. Voir aussi: *Fédération interprofessionnelle de la santé du Québec (FIQ) et CISSS Bas St-Laurent (CSSS Rimouski-Neigette)*, préc., note 107, par. 72 et 73.

¹¹² Art. 57(1) L.n.t.

¹¹³ *Syndicat des professionnelles de la santé de Sorel-Tracy (FIQ) et Centre de santé et des services sociaux Pierre-de-Saurel*, préc., note 109, par. 213 à 220.

¹¹⁴ *Fédération interprofessionnelle de la santé du Québec (FIQ) et CISSS Bas St-Laurent (CSSS Rimouski-Neigette)*, préc., note 107.

travail durant sa pause-repas, c'est que le contexte de son travail l'y oblige, car autrement elle pourrait sortir à l'extérieur pour prendre son repas hors de l'établissement.

e) **Les périodes de chevauchements inter-quarts**

La période de chevauchement existe pour les infirmières qui détiennent un poste dans un centre d'activités où les services sont dispensés par des quarts de travail continus. Il s'agit de la période que les infirmières consacrent, après leur quart de travail, à transmettre les informations cliniques concernant leurs patients aux infirmières du quart de travail suivant. Jusqu'en 2010, cette période n'était pas rémunérée. En 2010, des lettres d'ententes insérées dans des conventions collectives nationales ont rehaussé d'une heure et un quart le nombre d'heures de travail hebdomadaires rémunérées d'une infirmière pour tenir compte de cette période de chevauchement, ce qui correspond à une période de 15 minutes par jour. Cependant, cette rémunération se révélerait souvent insuffisante, plusieurs infirmières rencontrées estimant devoir rester disponibles au-delà de cette période.

Si les infirmières sont forcées de rester en poste, c'est avant tout parce qu'elles considèrent ne pas pouvoir quitter leur travail sans avoir transmis toute l'information aux infirmières qui leur succèdent. Le temps nécessaire au transfert des dossiers varie selon l'état du patient, comme le révèle une infirmière :

Quinze minutes, c'est vraiment très juste, parce que des fois on peut passer juste ce temps-là pour parler d'un patient si ça a mal été pendant le quart. Donc, je pense que ça m'est peut-être arrivé quelques jours seulement de terminer vraiment à minuit autrement c'est impossible. (Étude 2)

Dans certains services, le nombre de patients par infirmière et l'état des patients peut augmenter le temps requis pour le transfert des dossiers, comme l'explique une autre infirmière :

Non ce n'est pas suffisant. Si les patients sont stables alors oui, mais s'ils ne le sont pas c'est sûr que non. Des fois, lorsque je suis en charge aux soins intensifs ça peut me prendre 45 minutes faire le rapport. Et d'autres fois, lorsque je travaille dans l'unité de cardiologie, et que je suis en charge là-bas, je peux avoir environ trente-huit patients à présenter, ça peut me prendre une heure pour donner mon rapport, mais tu n'es payée que 15 minutes. (Étude 2)

Il peut également arriver que la période de chevauchement s'étire au-delà de la période de temps rémunérée lorsque l'infirmière prenant le relais est en retard, puisque « [l']infirmière qui donne le rapport [...] ne peut partir tant qu'il n'y a pas personne qui ait pris le relais » (Étude 2). En somme, plusieurs infirmières considèrent être obligées de rester disponibles par devoir professionnel, les informations transmises lors du passage des dossiers à l'infirmière suivante étant cruciales aux bons soins du patient.

f) Le travail avant ou après les heures régulières de travail

Le fait de travailler avant ou après les heures de travail correspond à une autre manifestation de l'obligation des infirmières d'être disponibles pour le travail. Cette manifestation est liée à la surcharge de travail ou, pour reprendre les termes de la convention collective applicable aux salariés des établissements étudiés dans l'Étude 1, au fardeau de tâches des infirmières.

Certaines infirmières, souvent les moins expérimentées, ont pris l'habitude d'arriver plus tôt sur les lieux de travail afin de prendre un peu d'avance relativement à la charge de travail qui leur sera attribuée lors du transfert des dossiers. La période de chevauchement impose aux infirmières d'assimiler une quantité impressionnante d'informations en un laps de temps très court. Celles qui sont nouvelles dans le métier se sentent vite dépassées et préfèrent arriver plus tôt, ce qui leur permet de faire une chose à la fois, comment nous l'ont expliqué deux infirmières :

Souvent, j'aime ça regarder ma charge de travail, ma distribution de patients et aller voir les laboratoires parce qu'il y a trop de choses à vérifier en même temps. [...] donc s'il y a des choses particulières à relever je le fais à ce moment. J'essaie aussi, si j'ai le même patient, de commencer mon plan de travail, parce que c'est un marathon du début jusqu'à la fin de notre quart. (Étude 2)

Moi, parce que je ne suis pas expérimentée, mais ça personne ne me le demande, c'est pour mon confort et ma conscience, mais j'arrive souvent disons, que je commence à 7 h 45, alors je vais arriver à 7 h 30 sur l'étage. Pour faire une première collecte des données, parce que c'est mon souci de travail, et j'en connais plusieurs qui font ça aussi. Je ne veux pas manquer de temps... (Étude 2)

Le dépassement des heures de travail peut aussi toucher l'ensemble des infirmières d'un établissement, comme en témoignent les faits relatés

dans une décision rendue en 2018 au sujet du fardeau de tâches du personnel d'un CHSLD relevant d'un CIUSSS¹¹⁵. Dans cette affaire, une plainte avait été déposée par des infirmières pour dénoncer leur fardeau de tâches sur le quart de nuit. Elles n'arrivaient pas à faire le décompte de narcotiques pendant leur quart de travail et devaient accomplir cette tâche après celui-ci. Ce dépassement des heures de travail était devenu systématique. La plainte étant relative au fardeau des tâches, elle était régie par une procédure spéciale de traitement établie par la convention collective nationale. Cette plainte était d'abord examinée par un Comité de soins paritaire, qui a pour fonction d'étudier le fardeau des tâches et toute question se rapportant directement aux soins; en l'absence d'entente au Comité de soins, une personne-ressource était désignée pour recueillir les faits et faire des recommandations; enfin, en l'absence d'accord entre les parties à la suite de ce rapport, un arbitre était nommé pour juger de la plainte. En l'espèce, la personne-ressource avait fait état de pauses non respectées, du travail supplémentaire inévitable pour terminer les tâches après le quart de travail, de problèmes de stabilité d'effectifs, de répartition et d'organisation du travail ainsi que de la réticence à payer le travail supplémentaire. Elle concluait son rapport par de multiples recommandations, dont celles d'ajouter du personnel, incluant des infirmières, des infirmières auxiliaires et des préposés aux bénéficiaires. Les parties ne s'étant pas entendues sur ces recommandations, il revenait donc à un arbitre, dont la décision est exécutoire et lie toutes les parties, de trancher.

L'arbitre devait, d'une part, déterminer s'il existait véritablement un problème de « fardeau de tâches », notion qu'il définit comme :

[189] [...] une surcharge de travail, un fardeau supérieur à celui qui peut être exigé d'un salarié pendant sa prestation de travail.

[190] Autrement exprimé, les salariés arrivent-ils à accomplir convenablement leur tâches complètes de travail à l'intérieur de leur quart sans avoir à

¹¹⁵ *Syndicat des professionnelles en soins de santé de l'Ouest-de-l'Île-de-Montréal (SPSSO-DIM-FIQ) c. CIUSSS de l'Ouest-de-l'Île-de-Montréal (CIUSSS-ODIM)*, 2018 QCTA 207, [2018] n° AZ-51490358, demande en ordonnance de sauvegarde accueillie, 2018 QCCS 4181, [2018] n° AZ-51531644, requête de bene esse pour permission d'appeler rejetée, 2018 QCCA 1857, [2018] n° AZ-51543607, demande pour suspendre l'exécution de la décision rejetée, 2018 QCCS 5735, [2018] n° AZ-51560893, pourvoi en contrôle judiciaire accueilli en partie, 2019 QCCS 1409, [2019] n° AZ-51588074, requête pour permission d'appeler et déclaration d'appel, C.A., 14 mai 2019.

empiéter sur leur pose [sic] ou leur heure de repas ou sans devoir les accomplir en heures supplémentaires ?

[191] Ajoutons à ces critères, conformément à la jurisprudence, le caractère récurrent du problème, qui ne doit pas être associé à une situation passagère et le fait qu'une situation normale ne doit pas nécessiter de faire des compromis au plan des standards professionnels.¹¹⁶

L'arbitre conclut que sur une période de plusieurs mois, « le personnel, même en rognant à l'occasion sur ses pauses, ses heures de repas, et en demeurant en poste au-delà de son horaire normal n'arrivait pas à distribuer les médicaments dans un laps de temps acceptable, à nourrir correctement les résidents dans un délai raisonnable et n'était pas en mesure de changer leur culotte d'incontinence souillée » et que « les rapports que doivent remplir les infirmières auxiliaires à la fin de chaque quart de travail devaient régulièrement être complétés après leurs heures normales de travail »¹¹⁷. Tout comme la personne-ressource, il estime que les soins dispensés aux résidents souffraient « de carences difficilement acceptables »¹¹⁸. L'arbitre conclut à l'existence d'un fardeau de tâches, ordonne à l'employeur, notamment, de créer de postes d'infirmières, d'infirmières auxiliaires et de préposés aux bénéficiaires, de transformer des postes à temps partiel en postes à temps plein sur les quarts de jour et de soir, de combler les postes vacants sur les quarts de jour, de soir et de nuit et de revenir aux horaires de travail antérieurs. La Cour supérieure accueille en partie le pourvoi en contrôle judiciaire, estimant que l'arbitre a rendu une décision déraisonnable en se prononçant au-delà du cas des infirmières œuvrant sur le quart de nuit, qui était visé par la plainte, et en rendant des ordonnances s'appliquant aux préposés aux bénéficiaires, qui ne font pas partie de la même unité d'accréditation que les infirmières et qui ne sont pas couvertes par la même convention collective¹¹⁹. Ce jugement de la Cour supérieure est actuellement devant la Cour d'appel.

¹¹⁶ *Id.*, par. 189 à 191.

¹¹⁷ *Id.*, par. 193.

¹¹⁸ *Id.*, par. 195.

¹¹⁹ *Centre intégré universitaire de santé et de services sociaux de l'Ouest-de-l'Île-de-Montréal c. Bertrand*, 2019 QCCS 1409, [2019] n° AZ-51588074, requête pour permission d'appeler et déclaration d'appel, C.A., 14 mai 2019.

B. Une exploration de facteurs explicatifs

La section précédente montre que la disponibilité temporelle étendue imposée aux infirmières n'est pas un phénomène accidentel, ponctuel ou réservé aux situations d'urgence. Elle imprègne en profondeur l'organisation de la production des services dans le réseau de la santé et se décline sous plusieurs manifestations, le TSO étant « la pointe de l'iceberg ». Même si l'obligation de disponibilité des infirmières découle parfois de directives explicites de l'employeur, nos résultats montrent qu'elle présente souvent un caractère implicite. Dans ces circonstances, elle est endogène à l'organisation du travail que l'employeur a mise en place (a) et à l'identité professionnelle des infirmières, sur laquelle cette organisation du travail repose (b). Cette disponibilité profite à l'employeur, sans qu'il doive nécessairement la requérir explicitement : c'est dans ce contexte que nous examinerons les limites à l'exercice des droits de direction de l'employeur sur la disponibilité des infirmières (c).

a) L'organisation du travail

Même si le champ de pratique des infirmières est prévu dans la législation, il revient aux établissements locaux d'organiser le travail de ces professionnelles et de négocier le contenu des ententes locales sur cette question avec leurs représentants syndicaux¹²⁰. Nos résultats montrent que les pratiques locales en matière d'organisation du travail ont une incidence sur le recours aux différentes manifestations de l'obligation de disponibilité des infirmières.

D'une part, comme le montrent les ententes locales et la jurisprudence arbitrale consultées, les établissements locaux ont la faculté de ne pas remplacer les absences de longue durée des infirmières titulaires d'un poste. Pour reprendre les termes des ententes locales applicables aux établissements étudiés dans l'Étude 1, un poste temporairement dépourvu de sa titulaire est comblé « lorsque les besoins du centre d'activités le justifient », cette appréciation relevant des droits de direction de l'employeur¹²¹. Nos entretiens ont révélé que la décision de ne pas remplacer des infirmières

¹²⁰ Voir *supra*, notes 57 à 67 et texte correspondant.

¹²¹ *Syndicat des infirmières, infirmières auxiliaires et inhalothérapeutes de l'Est du Québec (SIIIEQ) (CSQ) et Centre intégré de santé et de services sociaux de la Gaspésie (CSSS du Rocher-Percé)*, préc., note 96, par. 30 à 33.

absentes pour une longue durée, par exemple à la suite d'un congé de maladie, de maternité ou parental, serait pratique courante, notamment pour des raisons budgétaires. Les ententes locales imposent simplement à l'employeur qui décide de ne pas combler temporairement un poste de communiquer par écrit, à la demande du syndicat, les raisons de sa décision.

Cette faculté de ne pas remplacer les infirmières absentes fait en sorte que celles qui restent travaillent en sous-effectif et que l'équipe de soins devient vulnérable aux situations d'urgence, ce qui fait pression sur la disponibilité temporelle des infirmières. Les circonstances factuelles rapportées dans certaines sentences arbitrales illustrent que le TSO¹²², l'implantation de périodes de garde¹²³, l'obligation d'être disponible pendant les pauses-repas ou l'obligation des infirmières d'accomplir leurs tâches avant ou après leurs heures régulières de travail parce qu'elles sont incapables de les accomplir pendant ces heures¹²⁴ sont en partie reliés au choix de ne pas remplacer les absences de longue durée. Un arbitre a ainsi considéré que le fait de ne pas remplacer ces absences et de recourir systématiquement au TSO est un exercice abusif des droits de direction contraire à une disposition de l'entente locale en vertu de laquelle l'employeur devait s'efforcer, « dans la mesure du possible, de ne pas recourir au temps supplémentaire dans un cadre de pratique systématique pour combler les absences »¹²⁵. Dans une autre affaire, un arbitre a notamment ordonné à l'employeur de combler les postes vacants, la pratique de non-remplacement étant associée au fardeau de tâche que les infirmières ne pouvaient accomplir qu'en empiétant sur leur temps de pause ou de repas et en continuant de travailler au-delà de leurs heures régulières de travail, sans nécessairement être rémunérées¹²⁶.

¹²² *Id.* ; *Syndicat interprofessionnel du CHU de Québec (FIQ) et Centre hospitalier universitaire de Québec (CHU de Québec)*, préc., note 97.

¹²³ *Syndicat des travailleuses et travailleurs de la Vallée de la Batiscan et Centre de santé et de services sociaux de la Vallée de la Batiscan*, préc., note 100, par. 74.

¹²⁴ *Syndicat des professionnelles en soins de santé de l'Ouest-de-l'Île-de-Montréal (SPSSO DIM-FIQ) c. CIUSSS de l'Ouest-de-l'Île-de-Montréal (CIUSSS-ODIM)*, préc., note 115.

¹²⁵ *Syndicat interprofessionnel du CHU de Québec (FIQ) et Centre hospitalier universitaire de Québec (CHU de Québec)*, préc., note 97, par. 549.

¹²⁶ Notons que cette ordonnance de l'arbitre n'est pas annulée par la Cour supérieure, qui a accueilli partiellement le pourvoi en contrôle judiciaire: cette ordonnance est restreinte aux postes d'infirmières et d'infirmières auxiliaires sur le quart de nuit: *Syndicat des professionnelles en soins de santé de l'Ouest-de-l'Île-de-Montréal (SPSSODIM-FIQ) c. CIUSSS de l'Ouest-de-l'Île-de-Montréal (CIUSSS-ODIM)*, préc., note 115, par. 282 et *Centre intégré universitaire de santé et de services sociaux de l'Ouest-de-l'Île-de-Montréal c. Bertrand*, préc., note 119, par. 54.

D'autre part, les établissements locaux disposent d'un vaste pouvoir en matière d'organisation du travail, sous réserve du respect des normes de gestion applicables à l'établissement et des normes législatives et négociées. Dans l'Étude 1, nous avons constaté que les différences existant entre les deux établissements étudiés en ce qui concerne la composition des équipes, l'horaire de travail type, la philosophie de gestion et la structure de l'emploi (notamment le pourcentage d'infirmières titulaires de postes à temps partiel) pouvaient expliquer que le recours au TSO était pratiquement inexistant dans l'établissement anglophone alors qu'il était répandu dans l'établissement francophone.

Dans l'établissement francophone, le travail infirmier était organisé en dyades avec des infirmières auxiliaires ou en triades avec des préposés aux bénéficiaires suivant une approche axée sur la division du travail au sein d'équipes composées de personnel infirmier et non infirmier. En vertu de cette approche, certaines tâches étaient confiées à des infirmières auxiliaires ou à des préposées aux bénéficiaires plutôt que de relever des infirmières, qui pouvaient ainsi se concentrer sur la gestion de cas plus complexes¹²⁷. Cette approche, qui permet une réduction des coûts salariaux compte tenu des salaires plus bas versés à ces catégories de personnel¹²⁸, ne s'était pas vraiment implantée au Québec au milieu des années 1990 suivant une étude réalisée dans un centre hospitalier¹²⁹, certains auteurs mettant en cause le cloisonnement des champs professionnels qui existait alors pour expliquer ce fait¹³⁰. Avec les modifications apportées par la Loi 90¹³¹, il était maintenant possible d'implanter ce type d'approche¹³², ce qui semble avoir été fait dans l'établissement francophone. Dans de telles équipes, le nombre d'infirmières est réduit, de telle sorte que lorsque l'une d'elles s'absente, il est la plupart du temps nécessaire de la remplacer par une autre infirmière, les autres membres de l'équipe de travail ayant un champ d'exercice plus limité. C'est dans ce contexte que les gestionnaires recouraient

¹²⁷ P.-A. LAPOINTE *et al.*, préc., note 51, 167 et 175.

¹²⁸ *Id.*, 175.

¹²⁹ *Id.*

¹³⁰ C.-A. DUBOIS et G. DUSSAULT, préc., note 46, 61.

¹³¹ Voir *supra*, notes 78 à 83 et texte correspondant.

¹³² Mélanie STELLINGA, *Optimisation de l'organisation du travail à l'urgence du Centre de santé et des services sociaux de Maskinongé et implantation de la méthode Lean*, mémoire de maîtrise, Département des Sciences infirmières, Université du Québec à Trois-Rivières, 2014, p. 4.

souvent au TSO. Dans l'établissement anglophone, les équipes étaient composées d'infirmières en vertu d'une approche dite de « soin global » dans laquelle les infirmières sont responsables d'un nombre de patients à qui elles dispensent l'ensemble des soins¹³³. Elles étaient aussi plus autonomes. En cas d'absence, ces dernières préféraient réorganiser le travail entre elles sans remplacement, pour éviter le TSO. Ce faisant, elles travaillaient en surcharge en raison de l'augmentation du ratio patients / infirmière, ce qui a tout de même une influence sur d'autres manifestations de l'obligation de disponibilité.

D'autres différences entre les deux établissements sont à noter en matière d'aménagement des temps de travail. Dans l'établissement francophone, la gestion des horaires était centralisée. Des commis étaient chargés de faire les horaires du personnel de plusieurs unités de soins à l'aide d'un logiciel, ce qui limitait la latitude des infirmières pour gérer leurs horaires de travail. Dans l'établissement anglophone, la gestion des horaires était décentralisée; le personnel soignant de chaque unité gérait ses horaires, ce qui permettait de répartir la charge de travail dans l'équipe et d'éviter le recours au TSO. En outre, la durée des quarts de travail était de huit heures sans rotation dans l'établissement francophone, alors qu'elle était de douze heures, avec rotation, dans la plupart des unités de l'établissement anglophone. En cas d'absence d'une infirmière, le recours au TSO était fréquent dans l'établissement francophone puisqu'il était possible de demander à une infirmière déjà sur place de rester pour un autre quart de travail. Cette solution semblait d'ailleurs être privilégiée par les gestionnaires. Dans l'établissement anglophone, il était impossible de demander à une infirmière de faire un autre quart de douze heures pour des raisons de sécurité. Les gestionnaires faisaient appel au besoin aux infirmières ayant exprimé des disponibilités sur les listes ou recouraient au temps supplémentaire sur une base volontaire.

La structure de l'emploi, en particulier le taux élevé d'infirmières titulaires d'un poste à temps partiel (60 % dans l'établissement francophone contre 35 % dans l'établissement anglophone) avait aussi pour effet d'augmenter le recours au TSO.

Enfin, les résultats de l'Étude 1 suggèrent que le recours au TSO était exclu de la philosophie de gestion de l'établissement anglophone alors qu'il

¹³³ P.-A. LAPOINTE *et al.*, préc., note 51, 174.

était utilisé comme variable d'ajustement en « juste-à-temps » dans l'établissement francophone. Le travail en juste-à-temps, qui est l'une des caractéristiques du modèle *Lean*, vise à réduire les pertes de temps¹³⁴ et à adapter les effectifs nécessaires aux besoins du moment, ce qui s'avère bénéfique du point de vue d'une réduction des coûts mais qui renforce les pratiques de mise en disponibilité des infirmières.

Ces résultats illustrent l'influence des caractéristiques de l'organisation du travail dans les établissements sur l'obligation de disponibilité des infirmières. Comme le révèle l'Étude 1, l'organisation du travail dans l'établissement francophone semble expliquer que le recours au TSO y était plus important que dans l'établissement anglophone. Il importe toutefois de rappeler que l'Étude 1 ne portait que sur le TSO. L'obligation de disponibilité peut se manifester autrement que par le TSO dans l'établissement anglophone et on peut penser que la répartition de la charge de travail entre les infirmières s'est traduite par une intensification de leur travail empiétant sur leurs pauses et temps de repos sur le lieu de travail.

b) L'identité professionnelle

Le prestige et la légitimité sociale d'une profession, ou le fait de posséder un savoir et des compétences distinctives, tendent à consolider l'identité d'un groupe professionnel¹³⁵. Par exemple, « [d]ans un lieu de travail, les praticiens d'un métier partagent des façons de faire, mais aussi de penser et de se comporter, en quelque sorte reconnues et validées par le milieu professionnel »¹³⁶. L'identité professionnelle se définit comme l'identification collective à une institution professionnelle, encadrée par un ensemble de codes et de règles, formelles ou informelles, régissant les relations et les comportements attendus.

L'identité professionnelle des infirmières s'est construite en référence à un travail féminin « c'est-à-dire privilégiant la vocation sur l'expertise, la disponibilité sur la compétence technique, les "qualités féminines" sur les

¹³⁴ J.-P. DURAND, préc., note 22, aux p. 105 à 115.

¹³⁵ Blake E. ASHFORTH et Ronald H. HUMPHREY, « Emotional labor in service roles: the influence of identity », (1993) 18-1 *Academy of Management Review* 88.

¹³⁶ Jacqueline BECKERS, *Compétences et identités professionnelles: l'enseignement et autres métiers de l'interaction humaine*, Bruxelles, De Boeck Université, 2007, p. 145 et 146.

qualifications “masculines”¹³⁷. Les valeurs d’altruisme, de don de soi, de service au patient et de solidarité entre les pairs sont au cœur de cette construction identitaire. Les résultats de l’Étude 2 révèlent que cette identité professionnelle des infirmières a une incidence sur la manière dont elles perçoivent la légitimité de la disponibilité temporelle qui est exigée d’elles, notamment lorsque l’obligation est implicite, comme lorsque l’infirmière reste disponible sur les lieux du travail même si elle n’y est pas formellement tenue. Par exemple, une infirmière expliquait que rester sur son lieu de travail ou écourter sa pause-repas « viendrait avec » le travail infirmier :

On n’a pas le temps d’arrêter [...] alors on mange notre lunch devant l’écran en faisant du travail parce que c’est comme ça [...] Non cette heure-là n’est pas payée, mais ça arrive souvent qu’elle soit travaillée et il y a pas personne qui... Ça vient avec le travail. (Étude 2)

Les éléments constitutifs de l’identité professionnelle des infirmières – la solidarité entre les pairs, l’esprit d’équipe, la continuité des soins et le bien-être du patient – participent d’une norme informelle de disponibilité pour le travail. La solidarité entre les pairs et l’esprit d’équipe font en sorte que plusieurs infirmières se sentent coupables face à leurs collègues si elles ne se conforment pas à cette norme de disponibilité ou refusent de faire du temps supplémentaire :

C’est sûr que des fois j’ai beaucoup de difficulté à dire non. [...] Moi, je me sens mal qu’il manque du monde, ou pour mes collègues pour ne pas qu’elles se retrouvent mal prises, alors je vais en faire par-ci, par-là, mais c’est sûr qu’à un moment donné, c’est toute l’accumulation. Quand ils t’appellent, tu te sens mal... (Étude 2)

La continuité des soins et le bien-être des patients expliquent également que les infirmières travaillent régulièrement au-delà de leurs heures de travail. La nature du travail ne leur permet pas de poursuivre le lendemain ce qui n’a pas pu être fait la veille :

Si on doit appeler l’équipe d’intervention rapide, quand la vie d’un patient est en danger, souvent on n’a pas le choix de rester là avec l’équipe en plus de continuer à s’occuper de nos autres patients. Dans ce temps-là toute la documentation, toute la paperasse à remplir nous mettent en retard. Des fois, on

¹³⁷ Claude DUBAR, Pierre TRIPIER et Valérie BOUSSARD, *Sociologie des professions*, 3^e éd., Paris, Armand Colin, 2011, p. 257.

dépasse d'une heure ou de deux notre quart de travail, mais ça, non, ce n'est pas rémunéré. (Étude 2)

Plusieurs infirmières expliquent rester au travail tant et aussi longtemps que nécessaire pour passer le flambeau aux suivantes, même si le temps alloué aux chevauchements entre les quarts de travail est insuffisant :

Par souci du bien-être du patient, tu veux donner un rapport complet. Tu ne veux pas être pressée parce que tu n'as que 15 minutes payées. C'est important, il y a des choses que l'autre personne qui prendra le relais doit savoir. (Étude 2)

Cette norme informelle de disponibilité est transmise aux jeunes infirmières, qui sont peu enclines à la contester. Au contraire, elles veulent faire leurs preuves et s'intégrer au collectif de travail, comme l'expliquent ces infirmières :

Quand j'ai commencé, je ne la prenais pas au complet [ma pause-repas], parce que c'est sûr que je n'avais pas le temps de finir sinon, et il y avait aussi la pression de réussir et de faire mes preuves. Quand tu commences à travailler quelque part, on dirait que tu veux faire le plus possible avec le temps que tu as, qui généralement n'est pas gros. En plus, j'ai commencé en hiver, donc il y avait beaucoup de patients, c'était lourd, on était souvent juste une personne pour faire le travail de deux... (Étude 2)

Surtout au début quand j'ai commencé, je n'étais pas trop à l'aise. Tu veux être tout le temps disponible et montrer que tu veux travailler. (Étude 2)

Cette norme informelle est accentuée par les obligations et devoirs de l'infirmière en vertu du *Code de déontologie des infirmières et des infirmiers*. En vertu de ce Code, l'infirmière a « l'obligation de prendre des moyens raisonnables pour assurer la continuité des soins et traitements »¹³⁸ et a « le devoir de s'abstenir d'exercer sa profession lorsqu'elle est dans un état sus-

¹³⁸ *Code de déontologie des infirmières et infirmiers*, RLRQ, c. I-8, r. 9, art. 44 al. 4. Une infirmière ne peut exercer le droit de refuser de travailler « plus de deux heures au-delà de ses heures habituelles quotidiennes de travail ou plus de 14 heures par période de 24 heures, selon la période la plus courte » ou « plus de 50 heures de travail par semaine » prévu par l'article 59.0.1 L.n.t., cet article ne s'appliquant pas, notamment, « lorsque ce refus va à l'encontre du code de déontologie professionnelle du salarié » (Art. 59.0.1 al. 4 L.n.t.).

ceptible de compromettre la qualité des soins et des services»¹³⁹. Ces normes déontologiques destinées à la protection du public placent les infirmières dans un dilemme lorsqu'elles sont confrontées à une obligation d'être disponibles¹⁴⁰. Dans une chronique déontologique, l'Ordre des infirmières et infirmiers du Québec rappelle que « [l]'employeur ne doit pas utiliser le code de déontologie pour gérer une situation de manque de ressources ni pour exercer de la pression auprès des infirmières »¹⁴¹. Ainsi, un employeur doit rémunérer une infirmière qui estimait devoir rester disponible pendant sa période de repas pour pouvoir assurer la continuité des soins, et ce, même si l'employeur ne l'exigeait pas¹⁴². Un autre arbitre considère que les obligations déontologiques des infirmières ne pouvaient justifier l'employeur de les contraindre « à demeurer au travail seize heures consécutives deux ou trois jours d'affilée »¹⁴³.

En somme, le temps de travail des infirmières semble toujours en tension en raison de l'organisation en juste-à-temps ou de la surcharge occasionnée par le manque de personnel. L'identité professionnelle des infirmières soutient l'adoption de comportements de dépassement plus ou moins volontaire des quarts de travail, notamment lorsqu'elles se rendent disponibles pour une éventuelle demande du travail, et ce, pour compenser le manque de ressources et une organisation du travail souvent défailante.

c) **L'obligation de disponibilité des infirmières et l'exercice raisonnable des droits de direction**

Cette disponibilité contrainte des infirmières a un prix qui, au vu des exemples que nous avons rapportés, ne semble pas toujours pris en compte par rapport aux besoins des patients, des établissements locaux et du

¹³⁹ *Code de déontologie des infirmières et infirmiers*, préc., note 138, art. 16.

¹⁴⁰ Joanne LÉTOURNEAU, Myriam BRISSON et Johanne MAITRE, « Les heures supplémentaires: obligations déontologiques », dans *Chroniques déontologiques*, l'Ordre des infirmières et infirmiers du Québec, 1^{er} février 2018, en ligne: <<https://www.oiiq.org/les-heures-supplementaires-obligations-deontologiques>> (consulté le 5 juin 2019).

¹⁴¹ *Id.*, p. 3. Les auteures précisent aussi qu'« [à] l'inverse, les infirmières ne doivent pas utiliser le code de déontologie comme moyen de pression pour signifier leur refus de principe de faire du temps supplémentaire obligatoire ou pour cautionner un geste collectif concerté » (*Id.*, p. 3).

¹⁴² *Syndicat des professionnelles de la santé de Sorel-Tracy (FIQ) et Centre de santé et de services sociaux Pierre-de-Saurel*, préc., note 109, par. 193 à 198.

¹⁴³ *CSSS de la Côte-de-Gaspé et Syndicat des infirmières, infirmières auxiliaires et inhalothérapeutes de l'Est du Québec (CSQ)*, [2009] n° AZ-50571687, par. 38.

réseau : elle engendre pour elles une imprévisibilité du travail, un envahissement des contraintes reliées au travail dans des périodes où, en principe, elles devraient être libres de conduire leur vie personnelle ou familiale ou de bénéficier de périodes de repos, avec de possibles conséquences sur leur santé. C'est dans ce contexte que se pose la question des limites des droits de direction de l'employeur.

Il est clairement établi dans la jurisprudence que l'employeur peut, en vertu de ses droits de direction, exiger des infirmières qu'elles soient disponibles pour le travail en dehors de leurs heures régulières de travail, sauf si cette demande contrevient à la loi, à des dispositions négociées¹⁴⁴ ou résulte d'un exercice abusif ou déraisonnable de ses droits de direction¹⁴⁵. Les articles 6 et 7 du *Code civil du Québec*, suivant lesquels toute personne doit exercer ses droits civils selon les exigences de la bonne foi ou d'une manière qui ne soit pas abusive, excessive ou déraisonnable, sont d'ordre public¹⁴⁶ et s'appliquent à l'exercice par l'employeur de ses droits de direction. L'exercice abusif d'un droit ne résulte pas seulement, écrit la Cour d'appel en se référant au test élaboré par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Houle*¹⁴⁷

de la mauvaise foi (ou, si l'on préfère, de la malice ou de l'intention de nuire) mais aussi de l'exercice excessif et déraisonnable d'un droit, c'est-à-dire lorsque le titulaire de ce droit l'exerce autrement qu'en personne normalement prudente, diligente et, pourrait-on ajouter à la lumière de l'arrêt *Houle*, loyale.¹⁴⁸

¹⁴⁴ *Syndicat interprofessionnel du CHU de Québec (FIQ) et Centre hospitalier universitaire de Québec (CHU de Québec)*, préc., note 97, par. 547 et 548.

¹⁴⁵ *CSSS de la Côte-de-Gaspé et Syndicat des infirmières, infirmières auxiliaires et inhalothérapeutes de l'Est du Québec (CSQ)*, préc., note 143, par. 21 et 22; *Syndicat des infirmières, infirmières auxiliaires et inhalothérapeutes de l'Est du Québec (SIIIEQ) (CSQ) et Centre de santé et de services sociaux de la Côte-de-Gaspé*, [2010] n°AZ-50690245 (T.A.), p. 2, requête en révision judiciaire accueillie (pour un autre motif), 2011 QCCS 6444, [2011] n° AZ-50810319, appel rejeté, 2013 QCCA 1646, [2013] n° AZ-51004264, requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada rejetée, C.S.C., n° 35629, 13 mars 2014; *Syndicat interprofessionnel du CHU de Québec (FIQ) et Centre hospitalier universitaire de Québec (CHU de Québec)*, préc., note 97, par. 547 et 548; *Syndicat interprofessionnel de Lanaudière – FIQ et Centre intégré de santé et de services sociaux de Lanaudière*, 2019 QCTA 72, par. 42 à 44, [2019] n° AZ-51573092.

¹⁴⁶ *Syndicat de l'enseignement de la région de Québec c. Ménard*, 2005 QCCA 440, par. 49, [2005] R.J.D.T. 672.

¹⁴⁷ *Houle c. Banque canadienne nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122.

¹⁴⁸ *Ponce c. Montrusco & Associés inc.*, 2008 QCCA 329, par. 9, requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada rejetée, C.S.C., n° 32569, 31 juillet 2008.

Il convient de se demander si l'employeur, même s'il est de bonne foi, agit en personne normalement prudente, diligente et loyale en imposant aux infirmières une obligation étendue d'être disponibles pour le travail.

Des décisions ayant appliqué ce standard permettent de tracer la frontière entre l'exercice raisonnable ou déraisonnable des droits de direction à cet égard. A ainsi été considéré comme déraisonnable le fait d'exiger d'une infirmière de travailler 32 heures sur 40, c'est-à-dire d'accomplir un quart de travail en temps supplémentaire à la fin de son quart de travail, et ce, deux jours de suite. L'arbitre écrit que les huit heures de repos séparant les deux périodes de 16 heures que l'infirmière a dû accomplir

ne sont certainement pas suffisantes pour lui accorder le temps de récupération nécessaire et empêcher un état d'épuisement ne lui permettant pas de prodiguer des soins de qualité auxquels les patients sont en droit de s'attendre.¹⁴⁹

L'établissement a le devoir d'assurer des soins de qualité aux bénéficiaires. Il ne peut se décharger de cette obligation en exigeant des infirmières et infirmières auxiliaires une quantité de travail exagérée. Il peut survenir des situations ponctuelles où l'Employeur se verra forcé d'assigner un quart de travail additionnel. Mais il ne faut pas que cela devienne un mode de gestion.¹⁵⁰

Dans une autre décision concernant les mêmes parties, la Cour supérieure a jugé, à l'inverse, que l'employeur n'avait pas exercé ses droits de direction de manière déraisonnable en obligeant une infirmière qui avait travaillé 16 heures consécutives, soit son quart de travail régulier et un autre en temps supplémentaire, d'effectuer son quart régulier de travail sans lui avoir donné une période de repos d'une durée équivalente aux 16 heures qu'elle avait travaillées¹⁵¹. La Cour écrit que même si « le fait de contraindre une infirmière à livrer une prestation de travail de 24 heures sur une période de 32 heures » représente « un manquement dans l'organisation des soins

¹⁴⁹ *CSSS de la Côte-de-Gaspé et Syndicat des infirmières, infirmières auxiliaires et inhalothérapeutes de l'Est du Québec (CSQ)*, préc., note 143, par. 40.

¹⁵⁰ *Id.*, par. 41.

¹⁵¹ *Centre de santé et de services sociaux de la Côte-de-Gaspé c. Gauvin*, 2011 QCCS 6444, [2011] n° AZ-50810319, appel rejeté, 2013 QCCA 1646, [2013] n° AZ-51004264, requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada rejetée, C.S.C., n° 35629, 13 mars 2014. Décision annulant la sentence arbitrale suivante: *Syndicat des infirmières, infirmières auxiliaires et inhalothérapeutes de l'Est du Québec (SIIEQ) (CSQ) et Centre de santé et de services sociaux de la Côte-de-Gaspé*, préc., note 145.

infirmiers»¹⁵², celui-ci avait un caractère exceptionnel¹⁵³. Dans ces décisions, le caractère systématique ou récurrent des exigences de l'employeur semble être un indice d'un exercice déraisonnable des droits de direction.

Le fait pour un employeur d'avoir tenté de résoudre sa pénurie de personnel autrement que par le recours au TSO ou aux gardes obligatoires semble aussi être un élément considéré par les décideurs pour juger de l'exercice raisonnable des droits de direction : il permet à tout le moins d'expliquer le sort différent de griefs portant sur des conflits de grande envergure. Dans une affaire où plus de 1 000 griefs avaient été déposés, un arbitre estime que l'employeur n'a pas exercé ses droits de direction de manière déraisonnable en imposant des périodes de garde obligatoire intégrées à l'horaire des infirmières notamment compte tenu des multiples mesures que l'employeur avait introduites depuis 2001 pour pallier la pénurie d'infirmières¹⁵⁴. Dans une autre affaire ayant donné lieu au dépôt de près de 500 griefs, un arbitre conclut à un exercice abusif des droits de direction parce que l'employeur avait systématiquement recours au TSO pour pallier les absences sans tenter de remplacer les infirmières absentes. Dans cette affaire, l'entente locale comportait une clause que l'arbitre a appliquée en vertu de laquelle l'employeur devait s'efforcer, « dans la mesure du possible, de ne pas recourir au temps supplémentaire dans un cadre de pratique systématique pour combler les absences »¹⁵⁵.

Dans un arrêt rendu en 2017, la Cour suprême du Canada a clarifié l'analyse de ce qu'est l'exercice raisonnable d'un droit de direction en appliquant un test dit de « mise en balance » ou pondération des intérêts pour conclure que l'employeur, le Bureau régional du Québec du ministère de la Justice (Canada), n'avait pas exercé ses droits de direction de manière raisonnable en modifiant unilatéralement sa politique en matière de garde pour imposer des périodes de garde obligatoires et non rémunérées à des juristes de la fonction publique fédérale¹⁵⁶. En vertu de ce test, il faut apprécier

¹⁵² *Id.*, par. 65.

¹⁵³ *Id.*, par. 69 et 70.

¹⁵⁴ *Centre hospitalier universitaire Sainte-Justine et Syndicat des professionnels en soins infirmiers et cardiorespiratoires du Centre hospitalier universitaire Sainte-Justine*, préc., note 101, par. 109 à 118 et 129.

¹⁵⁵ *Syndicat interprofessionnel du CHU de Québec (FIQ) et Centre hospitalier universitaire de Québec (CHU de Québec)*, préc., note 97, par. 549 et 574.

¹⁵⁶ *Association des juristes de justice c. Canada (Procureur général)*, 2017 CSC 55, [2017] 2 R.C.S. 456 commenté par : G. VALLÉE, préc., note 20.

cier, d'une part, l'effet de la politique de l'employeur sur les salariés et, d'autre part, l'objectif de l'employeur et le moyen qu'il a choisi pour l'atteindre pour déterminer si l'employeur a exercé raisonnablement ses droits de direction¹⁵⁷. Ce test est nouveau en ce qu'il tient compte des conséquences des exigences de disponibilité sur les salariés.

Une sentence arbitrale récente a appliqué ce test pour conclure qu'un employeur a exercé de manière déraisonnable son droit d'obliger une infirmière à faire du TSO¹⁵⁸. L'arbitre a tenu compte des facteurs comme

le préavis offert à l'employée avant le travail imposé visant à minimiser les inconvénients, le nombre d'heures travaillées dans la semaine par l'employée, la période de repos permettant à l'employée de reprendre des forces, l'impact sur la vie des infirmières en dehors des heures de travail et toute autre circonstance personnelle pouvant affecter la salariée dans l'exécution de la prestation de son travail.¹⁵⁹

Elle a aussi noté que l'employeur avait « vérifié la disponibilité des salariées qui se sont portées volontaires pour effectuer du temps supplémentaire, pour ensuite faire appel à l'équipe volante et à la banque d'employés de remplaçante » avant d'imposer le TSO¹⁶⁰. Même si l'arbitre a conclu que la décision de l'employeur de recourir au TSO était « une décision réfléchie qui tenait compte des contraintes budgétaires, de la pénurie de la main-d'œuvre d'infirmières et des impératifs opérationnels »¹⁶¹, elle accueille le grief de l'une des infirmières en cause dans cette affaire. Cette infirmière aux soins intensifs avait travaillé plus de 50 heures en 6 jours avant que l'employeur lui impose le TSO contesté, ce qui avait fait en sorte qu'elle avait dû travailler 16,5 heures ce jour-là et qu'elle avait ensuite bénéficié de moins de 9 heures de repos avant de reprendre son quart de travail. Elle avait dû travailler 75 heures de travail sur une période de 7 jours consécutifs¹⁶². L'arbitre précise qu'un employeur qui impose un TSO à une salariée, suivi d'une période de repos, après avoir fait les efforts nécessaires pour

¹⁵⁷ *Id.*, par. 25.

¹⁵⁸ *Syndicat interprofessionnel de Lanaudière – FIQ et Centre intégré de santé et de services sociaux de Lanaudière*, préc., note 145, par. 53.

¹⁵⁹ *Id.*, par. 54.

¹⁶⁰ *Id.*, par. 55.

¹⁶¹ *Id.*, par. 56.

¹⁶² *Id.*, par. 57 à 65.

trouver du personnel, n'exerce pas nécessairement ses droits de direction de manière abusive¹⁶³.

La jurisprudence arbitrale consultée n'analyse pas l'obligation de disponibilité des infirmières sous l'angle d'une atteinte à leurs droits fondamentaux¹⁶⁴. Dans une affaire qui concernait les médecins résidents d'un Centre universitaire de santé¹⁶⁵, un arbitre a pourtant conclu que la clause d'une entente collective qui établissait des périodes de garde de 24 heures portait atteinte au droit à l'intégrité des résidents et de leurs patients ainsi qu'au droit des résidents à des conditions de travail justes et raisonnables qui respectent leur santé, leur sécurité et leur intégrité physique au sens des articles 1 et 46 de la *Charte des droits et libertés de la personne*¹⁶⁶. L'obligation de disponibilité des infirmières, comme celle d'autres salariés, est aussi susceptible de porter atteinte à leurs droits fondamentaux à la liberté¹⁶⁷ et à la vie privée¹⁶⁸. Lorsqu'il y a atteinte à un droit fondamental, laquelle doit évidemment être établie, il revient à l'employeur de démontrer notamment, dans le cadre du test de justification fondé sur l'article 9.1 de la Charte, que la mesure attentatoire a été imposée dans la poursuite d'un objectif légitime et important et qu'il s'agit d'une atteinte minimale, c'est-à-dire qui porte atteinte le moins possible au droit ou à la liberté en cause. L'employeur devrait démontrer qu'il a envisagé d'autres voies avant de contraindre les infirmières à rester disponibles.

*
* * *

L'organisation de la production des services de soins infirmiers repose non seulement sur le travail des infirmières, mais aussi sur leur mise en disponibilité *pour* le travail, laquelle est devenue une composante essentielle au

¹⁶³ *Id.*, par. 71.

¹⁶⁴ Voir toutefois *Id.*, par. 49 à 56. Dans cette décision, l'arbitre mentionne le droit fondamental à des conditions de travail justes et raisonnables, mais son analyse reste centrée sur l'exercice déraisonnable des droits de direction de l'employeur.

¹⁶⁵ *Centre universitaire de santé McGill et Association des résidents de McGill*, [2011] n° AZ-50771440, désistement de la requête en révision judiciaire, C.S., 13 janvier 2012.

¹⁶⁶ *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ c. C-12, art. 1 et 46 (ci-après « C.d.l.p. »); *Centre universitaire de santé McGill et Association des résidents de McGill*, préc., note 165, par. 158 à 169.

¹⁶⁷ Art. 1 C.d.l.p.

¹⁶⁸ *Id.*, art. 5. Voir G. VALLÉE, préc., note 20, 596 à 599.

fonctionnement du réseau. Compte tenu de la pénurie d'infirmières et du contrôle des coûts du système de santé qui freinent le recrutement nécessaire d'un plus grand nombre d'infirmières, cette disponibilité temporelle étendue des infirmières contribue à ce que la mission du réseau de la santé puisse être satisfaite. Nos résultats montrent qu'il existe plusieurs manifestations de l'obligation de disponibilité des infirmières et que leur usage peut varier d'un établissement à un autre, suivant l'exercice des droits de direction dans les établissements en matière d'organisation du travail et le contenu des ententes locales. Ils montrent aussi que l'identité professionnelle et les obligations déontologiques des infirmières ont une incidence sur la manière dont elles perçoivent la légitimité de la disponibilité temporelle qui est attendue d'elles, ce qui fait en sorte qu'elles se montrent disponibles même lorsque l'employeur ne l'exige pas formellement, ce qui pallie le manque de ressources et les déficiences de l'organisation du travail.

Actuellement, c'est essentiellement sous l'angle de l'exercice raisonnable des droits de direction de l'employeur que le droit du travail arrive à cerner, quoiqu'imparfaitement, la situation dans laquelle se retrouvent les infirmières. L'arrêt de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Association des juristes de justice c. Canada (Procureur général)*¹⁶⁹ reconnaît qu'il y a une limite au contrôle qu'un employeur peut exercer sur la disponibilité de ses salariés en dehors de leur temps de travail. Cette limite est liée à une norme qualitative, celle de l'exercice raisonnable des droits de direction de l'employeur apprécié par une approche pondérant les intérêts des employeurs et des salariés. Cette approche s'avère toutefois insuffisante pour limiter le recours systématique à l'obligation de disponibilité des infirmières.

D'une part, elle permet difficilement d'agir sur l'ensemble du réseau de la santé puisque l'appréciation de l'exercice des droits de direction par les arbitres de grief se fait au sein des établissements, ceux-ci étant les employeurs¹⁷⁰. Des actions concertées touchant plusieurs établissements

¹⁶⁹ Préc., note 156.

¹⁷⁰ La Division des services essentiels du TAT a rejeté une demande de la Fédération interprofessionnelle de la santé du Québec (FIQ) de rendre diverses ordonnances de redressement fondées sur l'article 111.18 C.t. à l'encontre de 28 employeurs du réseau concernant leur gestion du TSO. La FIQ prétendait que la gestion déficiente des ressources professionnelles par ces établissements portait atteinte ou était susceptible de porter atteinte aux services auxquels le public a droit. Le TAT estime ne pas avoir compétence sur cette question, qui relève des arbitres de grief: *FIQ — Syndicat des*

comme la journée nationale sans TSO qui a eu lieu en avril 2019 sont utiles pour révéler les problèmes communs aux établissements et faire pression pour les résoudre à l'échelle du réseau. Appelé à déterminer si cette journée nationale était « susceptible de porter préjudice à un service auquel le public a droit »¹⁷¹, le Tribunal administratif du travail (ci-après « TAT ») avait pris acte de l'engagement du Comité patronal de négociation du secteur de la santé et des services sociaux (CPNSSS), qui représentait les établissements, selon lequel ceux-ci prendraient des moyens pour éviter de faire appel au TSO ce jour-là et n'exigeraient ce dernier que dans des situations d'urgence et exceptionnelles. Le TAT a également ordonné à la FIQ d'informer les infirmières qu'elles devaient « accepter, sans condition, toutes demandes de temps supplémentaire obligatoire (TSO) *lors de situations urgentes et exceptionnelles*, comme en temps normal, sous réserve de leurs obligations déontologiques »¹⁷².

D'autre part, l'approche fondée sur l'exercice déraisonnable des droits de direction ne permet pas de pallier l'incapacité du droit du travail légiféré, en l'état actuel, d'encadrer la sujétion particulière des salariés assujettis à une exigence d'être disponibles. Ce droit ne s'applique que partiellement au salarié qui a l'obligation d'être disponible lorsque cette disponibilité ne génère pas l'exécution d'une prestation de travail, ce qui a des conséquences sur son droit d'être rémunéré¹⁷³ et sur son droit au repos¹⁷⁴. Le courant jurisprudentiel minoritaire existant au Royaume-Uni, qui place la disponibilité du salarié au cœur de la prestation à laquelle il s'engage envers l'employeur dans le contrat de travail, serait en mesure de reconnaître cette forme nouvelle de subordination et ses nécessaires contreparties et limites¹⁷⁵.

professionnelles en soins des Cantons-de-l'Est et Centre intégré universitaire de santé et de services sociaux de l'Ouest-de-l'Île-de-Montréal, 2019 QCTAT 1912, [2019] n° AZ-51589828.

¹⁷¹ Art. 111.18 C.t.

¹⁷² *Fédération interprofessionnelle de la santé du Québec (FIQ) et Comité patronal de négociation du secteur de la santé et des services sociaux (CPNSSS)*, 2019 QCTAT 1618, [2019] n° 51584617, par. 15 à 18 [nos italiques].

¹⁷³ Art. 57(1) L.n.t. Voir *supra*, notes 27 à 29 et texte correspondant.

¹⁷⁴ Voir *supra*, notes 30 à 33 et 104 et texte correspondant.

¹⁷⁵ A. C. L. DAVIES, préc., note 18, 488.