

ACPPU Actualité en négociation

L'impartition : la sous-traitance et la prestation extérieure de services

Sans contraintes contractuelles, l'impartition, sous ses diverses formes, permet aux administrations universitaires de contourner les conditions du contrat en ce qui concerne l'attribution du travail que nos membres effectuent habituellement ou que des membres pourraient effectuer. Le présent numéro de *l'Actualité en négociation* explique comment imposer des contraintes contractuelles à l'impartition.

L'impartition est une préoccupation très importante. En effet, l'impartition soulève la question de la protection du travail que le personnel académique effectue habituellement, par des dispositions de leur convention collective ou par des documents équivalents dans le cas des associations non syndiquées.

L'impartition fait généralement référence à la « sous-traitance » et à la « prestation extérieure de services ». En droit du travail, la « sous-traitance » est l'action de confier du travail à des non-employés que ceux-ci exécuteront ailleurs que dans les locaux de l'employeur. La « prestation extérieure de services » est le fait d'un employeur qui conclut un contrat avec une autre entreprise afin que celle-ci lui fournisse du personnel pour exécuter dans ses locaux le même travail qu'effectuent les membres de l'unité de négociation. Il peut également s'agir d'un employeur passant un contrat avec un expert-conseil pour la prestation dans ses locaux de services identiques ou semblables à ceux fournis par les membres de l'unité de négociation.

L'impartition englobe deux autres situations, soit :

1. L'action de l'employeur de confier du travail de l'unité de négociation à des non-employés, c'est-à-dire d'autres employés qui ne sont pas membres de l'unité de négociation de l'association de personnel académique. Le dernier exemple peut s'appliquer au travail confié à des employés d'une autre unité de négociation représentée par le même syndicat ou par un autre syndicat;
2. Le cas où l'attribution du travail de l'unité de négociation suscite un litige lorsque deux conventions collectives coexistent dans le lieu de travail. Le litige porte surtout sur la *personne* plutôt que sur le *travail*. Les deux conventions peuvent décrire le travail et la question est de déterminer si l'employeur a confié le travail à la bonne personne.

Le droit est catégorique sur la question de la « sous-traitance » et de la « prestation extérieure de services ». Ces deux formes d'impartition du travail habituellement effectués par des membres de l'unité de négociation sont autorisées lorsqu'aucune disposition de la convention collective ne l'interdit.

Interdiction absolue

Pour empêcher l'impartition, la convention collective devrait prévoir une disposition qui précise que seuls des membres de l'unité de négociation peuvent exécuter le travail *habituellement effectué* ou qui *pourrait habituellement être effectué* par les membres de cette même unité.

L'association du personnel académique de l'Université Saint Mary's a négocié une disposition contractuelle qui interdit complètement l'impartition du travail habituellement effectué ou qui pourrait être effectué par l'unité de négociation :

[Traduction] *Sauf dans les limites convenues par l'employeur et le syndicat, tout travail qui est habituellement effectué, ou qui pourrait être effectué, par un employé régi par la présente convention collective ne peut être confié à un autre membre du personnel de l'employeur ou à quiconque n'en fait pas partie. Il est néanmoins permis de nommer des professeurs à temps partiel conformément au paragraphe 10.1.21, ou d'accorder des crédits universitaires par le truchement d'ententes d'articulation ou de programmes d'études conjoints qui ont été approuvés par le sénat, ou d'équivalences accordées selon une procédure approuvée par le sénat¹.*

Ainsi formulée, cette disposition ajoute une protection supplémentaire en garantissant que de nouvelles tâches pourraient ne pas être confiées en sous-traitance. Cette protection est d'autant plus importante si l'on considère que de plus en plus de cours sont donnés à l'aide de nouvelles techniques de pointe.

Dans un milieu autre que le milieu académique, l'association des pompiers professionnels de Sarnia a elle aussi négocié une interdiction complète de l'impartition de travail *habituellement effectué* par des membres de l'unité de négociation [mais omet la question du travail qui *pourrait être effectué* par des membres de l'unité de négociation] :

[Traduction] *Sauf dans les limites convenues par les parties, tout travail qui est habituellement effectué, ou qui pourrait être effectué, par un employé régi par la présente convention collective ne peut être confié à un autre membre du personnel de la Corporation ou à quiconque n'en fait pas partie².*

1. Convention collective de l'association du personnel académique de l'Université Saint Mary's 2018-2021, article 4.6.
2. Convention collective de la *Sarnia Professional Firefighters' Association* 2014-2016, article 17.01.

L'interdiction assortie de quelques exceptions

Il existe une autre option, bien que plus faible, consistant à négocier une disposition qui limite le genre de contrats que l'employeur peut conclure. La protection est moins efficace que celle des dispositions susmentionnées et devrait être utilisée comme solution de rechange seulement si le libellé voulu ne peut être obtenu.

Dans l'exemple suivant, la disposition fait obstacle à la sous-traitance de travail qui entraînerait des conséquences. Ces conséquences sont le licenciement, la fermeture d'un département ou l'abandon d'un programme.

L'exemple qui suit est tiré de la convention collective de l'association du personnel académique du Collège Okanagan.

[Traduction] *53.1 En sus de toute autre disposition de la présente convention collective et sans en limiter la portée, le CO n'est pas autorisé à sous-traiter :*

- a) *Tout travail qui est effectué actuellement par des employés régis par la convention collective dont la sous-traitance entraînerait le licenciement de ces employés, ainsi qu'une diminution de la charge de travail attribuée à ces employés; ou*
- b) *Les activités d'enseignement prévues aux programmes inscrits dans la description du programme institutionnel annuel approuvé, ou financés dans ce programme, et qui sont actuellement accomplies par les employés membres de l'unité de négociation³.*

La convention collective de l'Association des professeures et professeurs de l'Université Laurentienne comprend une disposition autorisant des personnes particulières ou les titulaires de postes particuliers à accomplir un travail relevant de l'unité de négociation. Les titulaires de postes particuliers sont souvent des universitaires invités ou des administrateurs universitaires supérieurs. Remarquez que l'entrée en matière de la disposition ci-après est explicite : les exemptions sont les seuls cas où il est permis à des non-membres d'effectuer du travail relevant de l'unité de négociation du personnel académique.

3. Convention collective du personnel académique du Collège Okanagan 2014-2019, article 53.1.

2.20.1 Il est convenu que, sauf dans les cas prévus plus loin au présent Article, l'Employeur n'embauche pas de personnes qui ne soient pas Membres du Syndicat comme enseignants ou bibliothécaires. L'appartenance à l'unité de négociation est définie à l'Article 2.15 – Reconnaissance de l'unité de négociation.

2.20.2 Malgré la règle générale énoncée à l'Article 2.20.1 ci-dessus, rien dans cette Convention collective n'empêche l'Employeur d'attribuer une charge d'enseignement aux personnes qui, selon les dispositions des certificats de la Commission des relations du travail de l'Ontario indiqués dans l'Article 2.15 – Reconnaissance de l'unité de négociation, ne peuvent pas faire partie de l'unité de négociation en raison de leur fonction. Le Syndicat adoptera une attitude raisonnable lors de la négociation de lettres d'entente en vue de permettre l'attribution occasionnelle d'une charge d'enseignement aux personnes qualifiées qui occupent un poste supérieur dans l'administration de l'Université et dont les fonctions officielles pourraient raisonnablement être considérées comme étant incompatibles avec celles d'un Membre du syndicat.

2.20.3 Selon les dispositions du Certificat de la Commission des relations de travail de l'Ontario, les professeurs, bibliothécaires et archivistes invités ou participant à un échange peuvent travailler à l'extérieur de l'unité de négociation.

2.20.4 Nonobstant l'Article 2.20.3 ci-dessus, les personnes qui ne sont pas Membres de l'unité de négociation ne doivent pas participer aux décisions du Département/de l'École touchant le personnel, sauf ainsi qu'il est stipulé dans la présente Convention collective⁴.

Un employé ou un entrepreneur indépendant

À défaut d'une disposition très claire, le seul point discutable est de savoir si la sous-traitance est « véritable », c'est-à-dire si les personnes effectuant le travail sont des employés d'un tiers indépendant⁵. Il est arrivé que des employeurs aient tenté de contourner les dispositions de la convention collective en prétendant qu'une personne n'était pas un employé mais un « entrepreneur indépendant ».

La jurisprudence a établi le critère permettant de déterminer si une personne est un entrepreneur indépendant ou un employé visé par la convention collective du syndicat. Dans le dernier cas, il n'existe pas de sous-traitance et la personne effectuant le travail est visée par la convention collective.

En 2014, la Cour suprême du Canada a statué que le facteur clé à considérer est le contrôle exercé par l'employeur⁶. Ainsi, l'arbitre devrait examiner le degré de contrôle exercé par un employeur à l'égard des conditions et de la rémunération du travailleur, et sa dépendance correspondante.

D'autres facteurs peuvent néanmoins être pertinents : la propriété des outils et des équipements, la possibilité d'un profit, le risque de perte, ou le pouvoir d'imposer des mesures disciplinaires ou de congédier. Ce sont les facteurs que le droit canadien a historiquement considérés, comme on peut le lire dans *Montreal v. Montreal Locomotive Works Ltd.*, [1974] 1 D.L.R. 161.

Dans l'affaire *Cambrian College and OPSEU* (1989) 5 LAC (4^e) 325 (Swan), un collège communautaire a conclu un contrat de prestation de cours de conduite de camions avec une entreprise à propriétaire unique. En l'espèce, l'arbitre a tenu compte de la relation entre le travail et l'entreprise en général en plus d'autres facteurs pour déterminer si une personne dans cette situation est en fait un entrepreneur indépendant [et que, par conséquent, elle n'est pas visée par la convention collective.] L'arbitre a conclu que celle-ci était un employé visé par la convention collective du syndicat puisqu'elle n'avait investi aucun capital, n'agissait pas comme entrepreneur, traitait peu d'autres affaires et était en substance sous le contrôle du collège.

Travail de l'unité de négociation

Un autre point litigieux a trait à la catégorisation du travail contesté comme « travail relevant de l'unité de négociation ». Il n'est pas sans intérêt de se rappeler le commentaire général (Brown and Beatty, *Canadian Labour Arbitration*, aux pages 5 à 12) selon lequel :

4. Convention collective de l'Association des professeures et des professeurs de l'Université Laurentienne 2017-2010, articles 2.20.1 à 2.20.4.

5. See M. Mitchnick, "Contracting Out: Two Solitudes", in W. Kaplan et al., eds., *Labour Arbitration Yearbook*, 1998.

6. *McCormick c. Fasken Martineau DuMoulin S.E.N.C.R.L./s.r.l.*, [2014] J.C.S. No 39; 2014 CSC 39.

[Traduction] *Il arrive très souvent que les conventions collectives ne définissent pas explicitement ce qui est considéré comme du « travail relevant de l'unité de négociation ». Dans ce cas, cette notion signifie généralement que le travail est habituellement exécuté par un membre de l'unité de négociation.*

Le lieu de l'exécution du travail peut avoir ou non une influence sur le classement de ce genre de travail. Ainsi, le fait de supprimer un cours d'un programme universitaire menant à un grade et de le transférer à un collège communautaire pour qu'un employé de ce collège puisse le donner est un exemple manifeste de sous-traitance du travail relevant d'une unité de négociation. Une autre entité, le collège communautaire, contrôle l'emploi des professeurs. Pourtant, le travail (la prestation de cours universitaires menant à un grade) est celui habituellement exécuté par l'unité de négociation de l'association des professeurs.

D'autres exemples exigent un examen plus attentif, notamment dans le cas de la prestation de cours universitaires dans d'autres pays par des organisations non gouvernementales (ONG). Celles-ci peuvent conclure des contrats avec des professeurs. Cependant, il se peut que l'université exerce néanmoins un contrôle important sur le travail des professeurs, de telle sorte qu'ils demeurent des employés visés par la convention collective et qu'il n'existe aucun contrat « véritable » de sous-traitance.

La capacité de contester les contrats peut être limitée si la convention collective confine « le travail relevant de l'unité de négociation » à un lieu géographique, par exemple « tous les bibliothécaires professionnels employés par l'université dans la ville d'Ottawa ».

Le cas des personnes qui dispensent une partie d'un cours à un autre lieu de travail, entre autres le personnel hospitalier (les travailleurs de la santé des unités du SCFP) qui enseigne à des étudiants à l'établissement de santé, est un autre exemple qui mérite un examen.

Un dernier exemple de travail qui fait parfois l'objet d'une contestation est le travail effectué par les étudiants des cycles supérieurs employés comme membres du personnel académique – non seulement à titre d'assistants à l'enseignement ou à la recherche, mais aussi comme chargés de cours – et habituellement représentés par une autre unité de négociation. L'ACPPU a adopté

un énoncé de principes sur le statut de membre du personnel académique des étudiants des cycles supérieurs qui respecte tous les groupes d'universitaires en cause.

Les charges de cours confiées à des étudiants des cycles supérieurs devraient être uniquement attribuées en fonction des droits d'ancienneté du personnel académique contractuel. Les membres devraient pouvoir exercer leur droit de premier refus sur les cours offerts avant que les charges d'enseignement d'un cours partiel ou complet soient attribuées aux étudiants des cycles supérieurs⁷.

Exemples d'impartition

Les exemples précis d'impartition abondent. Voici quelques situations qui se sont produites couramment au cours des dernières années dans des établissements d'enseignement canadiens.

Sous-traitance

- 1) Confier l'enseignement d'un programme universitaire aux professeurs d'un collège communautaire tout en continuant de conférer un grade universitaire pour ce programme.
- 2) Conclure une entente avec une société d'enseignement privé aux termes de laquelle le certificat de tous les diplômés de ses programmes spéciaux serait traité comme s'il équivalait à cinq crédits d'université.
- 3) Embaucher des personnes ou des entreprises de l'extérieur pour effectuer des tâches administratives que pourraient exécuter des membres de l'unité de négociation ou qui étaient auparavant exécutées par des membres d'une unité de négociation.
- 4) Prendre des dispositions avec un autre établissement d'enseignement pour qu'il offre la première partie d'un programme habituellement dispensé à l'université ou au collège, puis exiger des étudiants qu'ils terminent la dernière partie à cet établissement.
- 5) Offrir hors campus (bien souvent dans un autre pays) un programme ou un cours de niveau universitaire ou collégial dans un lieu où les salaires et les conditions de travail des professeurs ne sont pas conformes à la convention collective.

7. Voir l'Énoncé de principes de l'ACPPU sur le statut du membre du personnel académique des étudiants des cycles supérieurs.

- 6) Conclure un contrat avec d'anciens membres du personnel académique pour pouvoir offrir encore des cours à distance ou en ligne.
- 7) Passer un contrat avec d'anciens membres ou des membres actuels du personnel académique pour qu'ils donnent des cours sur le campus par l'entremise de leur société d'experts-conseils.
- 8) S'entendre avec un membre du personnel académique d'un autre établissement d'enseignement pour qu'il donne un cours à l'établissement demandeur dans le cadre de sa charge d'enseignement normale à son établissement et aux termes de la convention collective de l'autre établissement.
- 9) Confier à la sous-traitance l'élaboration de cours en dehors des sessions de l'établissement d'enseignement (l'intervalle entre les sessions, par exemple) et les offrir globalement ou sous la forme d'ateliers. (Les frais de scolarité sont plus élevés.) Ces services contractuels contournent les lignes directrices en matière de programmes d'études du sénat et échappent à son approbation, car les cours sont généralement élaborés par des personnes non membres du corps professoral.

Prestation extérieure de services

- 1) Détourner des cours vers le département d'éducation permanente qui n'est pas visé par la convention collective. Des administrations y ont eu recours pour se soustraire aux dispositions des conventions collectives sur la propriété intellectuelle.
- 2) Accorder des crédits à des cours d'éducation permanente offerts dans le cadre des programmes réguliers.

Recommandations

La protection idéale contre l'impartition, quelle qu'elle soit, est la négociation d'une clause dont le libellé serait le suivant :

Tout travail qui est habituellement effectué, ou qui pourrait être effectué, par un employé régi par la présente convention collective ne peut être confié à un autre membre du personnel de [nom de l'employeur] ou à quiconque n'en fait pas partie.

Un énoncé de ce genre assure la protection contre la sous-traitance du travail actuellement effectué par des membres de l'unité de négociation et de nouvelles tâches que pourraient effectuer des membres de l'unité de négociation.

Il existe une solution de rechange, qui offre moins de protection cependant, qui consiste à permettre l'impartition selon des conditions précises. Il faudrait alors inclure les protections suivantes :

- la liste des circonstances ou des cas où l'impartition peut être permise;
- un préavis à l'association dans un délai précis accompagné des motifs;
- des renseignements détaillés à remettre à l'association au sujet du contrat, c'est-à-dire le genre de travail, la durée du contrat, le salaire;
- l'obligation pour l'association de donner son approbation avant la réalisation de l'impartition, même en tenant compte des circonstances énumérées.

Il importe de se rappeler que l'administration peut impartir du travail sauf si la convention collective l'interdit explicitement.