

TRIBUNAL D'ARBITRAGE

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC

N° de dépôt :

Date : 2 février 2014

SOUS LA PRÉSIDENCE DE : Jacques Larivière

Syndicat des travailleuses et travailleurs en petite enfance de la Montérégie-CSN
Ci-après appelé « le syndicat »

et

Centre de la petite enfance La Campinoise
Ci-après appelé « l'employeur »

Grief : n° 369 – Syndical (statut de l'accompagnatrice)

Convention collective : **Convention collective 2007-2010 entre Syndicat des travailleuses et travailleurs en petite enfance de la Montérégie-CSN et Centre de la petite enfance La Campinoise intervenue le 18 juin 2008**

SENTENCE ARBITRALE

[1] La toile de fond de la réclamation porte sur la création par le CPE La Campinoise (ci-après « CPE ») d'un nouveau titre d'emploi d'accompagnatrice d'un enfant en difficulté d'apprentissage que l'employeur refuse d'assimiler au titre

d'emploi d'éducatrice déjà prévu à la convention collective comme le demande le syndicat par son grief du 22 août 2012.

[2] Après un affichage interne et une annonce dans le journal, le CPE retient en septembre 2012 les services d'une accompagnatrice au moyen d'un contrat spécifique qualifiant l'accompagnatrice de travailleuse autonome et, par le fait même, excluant celle-ci de l'unité d'accréditation visant tous les salariés du CPE.

[3] Le syndicat réclame un nouvel affichage d'un poste d'éducatrice et demande réparation à tous égards incluant une condamnation pour dommages exemplaires et des intérêts. Le texte du grief n'a pas été modifié par le syndicat pour tenir compte des événements survenus dans les semaines qui ont suivi son dépôt. Celui-ci se lit comme suit:

Description du grief et réclamation

En vertu de la convention collective et des lois en vigueur, nous contestons la création ainsi que l'affichage du poste d'accompagnatrice du 27 juillet 2012, ce titre d'emploi n'étant pas prévu à la convention collective. Nous réclamons le retrait de cet affichage ainsi qu'un nouvel affichage en conformité avec la convention collective. Nous réclamons aussi dédommagement pour les préjudices subis, incluant les dommages exemplaires, et ce, sans préjudice aux droits dévolus. Le tout rétroactivement avec intérêts au taux prévu au Code du travail.

Résumé de la preuve

[4] Au mois de juillet 2012, la directrice générale du CPE, Lyn Levac, apprend que son établissement devra intégrer au début de septembre 2012 un enfant vivant avec un handicap (ci-après « l'enfant ») ayant des besoins particuliers. L'éducatrice qui doit recevoir cet enfant dans son groupe de sept (7) autres enfants de dix-huit (18) à trente (30) mois ne peut pas à la fois animer convenablement tout son groupe et accorder à cet enfant l'attention dont il avait besoin pour l'habillage, l'apprentissage, le changement de couches, les déplacements, l'alimentation et tout ce qui touche aux activités d'un jeune enfant au sein d'une garderie éducative. Une évaluation professionnelle de cet enfant avait déterminé pour celui-ci un besoin d'accompagnement individualisé pendant la durée de sa présence au CPE.

[5] La convention collective intègre deux (2) annexes mentionnant divers titres d'emploi, mais il n'est jamais question de l'emploi d'accompagnatrice.

[6] L'annexe A comprend les échelles salariales pour chacune des années débutant le 1er avril 2006 jusqu'au 1er avril 2011. Ces échelles comptent plusieurs échelons de salaires applicables aux fonctions suivantes : éducatrice formée (10 échelons), éducatrice non formée (14 échelons), conseillère pédagogique et agente conseil en soutien pédagogique (10 échelons), adjointe administrative (10 échelons), secrétaire comptable (6 échelons) secrétaire ou secrétaire-réceptionniste (5 échelons), responsable de l'alimentation ou cuisinière (6 échelons) et préposé à l'entretien ménager (1 échelon).

[7] L'annexe B de la convention collective intitulée "Titres d'emploi et description de tâches" présente une description des principales tâches attribuées aux titres d'emploi suivant : éducatrice, adjointe administrative, cuisinière, conseillère pédagogique, secrétaire comptable, secrétaire-réceptionniste et préposé à la maintenance.

[8] La fonction d'accompagnatrice n'est pas mentionnée dans cette annexe B qui ne nous renseigne pas non plus sur les différences pouvant exister entre les tâches de l'éducatrice dite "formée" et celles de l'éducatrice dite "non formée".

[9] Le syndicat, à l'époque du dépôt du grief, prônait sans réserve la thèse de l'équivalence entre la fonction d'accompagnatrice et celle d'éducatrice mentionnée à l'annexe B de la convention collective sans tenir compte de la nuance suggérée à l'annexe A mentionnant l'existence de deux échelles de salaire bien distinctes et visant l'éducatrice "formée" et l'éducatrice "non formée".

[10] À la convention collective, le titre d'emploi d'éducatrice et sa description de tâches sont libellés comme suit :

ANNEXE B - TITRES D'EMPLOI ET DESCRIPTION DE TÂCHES

Éducatrice :

Sous l'autorité de la personne responsable de la gestion du centre, personne qui assume une présence constante auprès d'un ou plusieurs groupes d'enfants, voit à leur éducation, leur hygiène, leur santé et leur sécurité. Elle élabore un programme d'activités conforme à la plate-forme éducative du centre, le met en application et l'évalue. Elle contribue à mettre en place des conditions optimales pour assurer le développement global et harmonieux de l'enfant.

Elle maintient le lien avec les parents au sujet des besoins et du comportement de l'enfant. Elle collabore avec les professionnels et les intervenants de l'extérieur.

Elle participe aux réunions d'équipe en autant qu'elle soit rémunérée. Elle entretient et développe des relations harmonieuses avec les membres de l'équipe. Elle collabore à l'initiation des nouvelles travailleuses et à l'évaluation des stagiaires s'il y a lieu.

Qualifications requises :

- cours de premiers soins;
- formation reconnue par le ministère de l'Emploi, de la Solidarité sociale et de l'Enfance;

Ces qualifications ne sont pas requises pour poser sa candidature sur un poste à temps partiel, pour obtenir un remplacement d'un

poste à temps complet pour une durée de moins de quatre (4) semaines ou pour les remplacements qui débutent et se terminent durant la période normale de prise de vacances (article 18.3).

[11] La directrice générale du CPE, en collaboration avec les parents, le pédiatre de l'enfant et la conseillère pédagogique à l'emploi du CPE, a déterminé à la mi-juillet 2012 les besoins de l'enfant. Consultations faites auprès de l'éducatrice et de la conseillère pédagogique, salariées membre de l'unité d'accréditation, la directrice générale a élaboré une description de tâches de ce nouvel emploi entraînant la création d'un nouveau poste devant être pourvu après un appel de candidatures au moyen d'un avis d'affichage publié à l'interne le 27 juillet 2012, à savoir :

AFFICHAGE

ACCOMPAGNATRICE POUR UN ENFANT VIVANT AVEC UN HANDICAP

TITRE D'EMPLOI : ACCOMPAGNATRICE

AFFECTATION : HORAIRE COUPÉ ENTRE 9H00 ET 15H30

STATUT : TEMPS PARTIEL

NOMBRE HABITUEL D'HEURES DE TRAVAIL PAR SEMAINE : 20 à 25

À moins d'absence de l'enfant, qui aura pour effet de diminuer d'autant le nombre d'heures.

QUALIFICATIONS REQUISES : AUCUNE QUALIFICATION PARTICULIÈRE

ÉCHELLE SALARIALE : DE 12.83\$ À 15.19\$ L'HEURE

DÉBUT DU REMPLACEMENT : 4 SEPTEMBRE 2012

SOUS la supervision de la titulaire du groupe et de la conseillère pédagogique, l'accompagnatrice accompagne un enfant vivant avec un handicap.

Elle accompagne un enfant vivant avec un handicap en :

- l'assistant et le guidant dans les gestes de la vie quotidienne;
- préparant et rangeant du matériel ;
- veillant à sa santé, à sa sécurité et son bien-être;
- l'aidant à participer aux activités du programme éducatif ainsi qu'aux activités courantes du milieu préparées par l'éducatrice titulaire du groupe;
- appliquant le plan d'intervention que la conseillère pédagogique lui soumettra;
- collaborant avec la conseillère pédagogique, l'éducatrice titulaire du groupe ainsi qu'avec les parents et les divers intervenants;

- complétant un rapport journalier de l'enfant en collaboration avec l'éducatrice titulaire du groupe et la conseillère pédagogique;
- effectuant toute autre tâche connexe.

Elle participe aux réunions d'équipe en autant qu'elle soit rémunérée. Elle entretient et développe des relations harmonieuses avec les membres de l'équipe.

DATE LIMITE POUR POSER VOTRE CANDIDATURE : Vendredi 10 août 2012 à 16h00. Toute travailleuse peut poser sa candidature en avisant par écrit la direction dans le délai prévu à cet effet.

Lyn Levac, directrice générale

[12] En l'absence de candidature de l'interne, la directrice générale dans le respect des règles prévues à cet effet par l'article 10.5 de la convention collective, a procédé à un recrutement à l'externe. Dans ce cas, la convention collective ne prévoit pas la façon de faire et, par exemple, n'impose pas l'obligation de fournir une description de tâches complètes et ni de préciser les qualifications, le statut, et le nombre habituel d'heures de travail.

[13] Le CPE fait publier dans un journal local, le 11 août 2012, une annonce inspirée de l'affichage et ayant toutes les apparences d'une offre d'emploi ayant pour but de pourvoir ce même poste d'accompagnatrice dont les conditions de travail s'apparentaient à celles décrites à l'affichage interne:

Le CPE La Campinoise
recherche

ACCOMPAGNATRICE D'ENFANT VIVANT AVEC UN HANDICAP

Afin d'accompagner un enfant vivant avec un handicap, de 9 h à 15 h 30 sur un horaire coupé, 4 à 5 jours/semaine (20 à 25 heures ou moins si absence de l'enfant).

Exigences : Secondaire 3

Salaire : De 12,83 \$ à 15,19 \$ l'heure

Début de l'emploi : mardi le 4 septembre 2012

Qualités requises :

- Aimer les enfants;
- Être à l'aise avec les enfants vivant avec un handicap;
- Facilité de communication;
- Capacité à travailler en équipe;
- Sens de l'observation;

Date limite pour poser votre candidature : vendredi le 24 août 2012.

Seules les candidatures sélectionnées pour une entrevue seront contactées.

Faire parvenir votre C.V. à l'attention de Madame Lyn Levac
CPE La Campinoise
(...)

(Nous avons souligné.)

[14] Judy-Ann Levac travaille au CPE comme conseillère pédagogique depuis 1998. Elle fait partie de l'unité d'accréditation et son emploi est aussi l'objet d'une description de tâches faisant partie de la convention collective.

[15] L'annexe B de la convention collective décrit les tâches de la conseillère pédagogique de la manière suivante :

Sous l'autorité de la personne responsable de la gestion du centre, elle assure le soutien pédagogique auprès des éducatrices en installation. Elle offre un support technique et professionnel auprès des éducatrices et des enfants à besoins particuliers. Elle exerce des fonctions inhérentes au soutien pédagogique et voit à assurer un suivi régulier, entre autres, par des visites, afin que la garde effectuée garantisse le bien-être et le développement des enfants, conformément aux normes prévues à la réglementation.

Elle participe aux réunions d'équipe en autant qu'elle soit rémunérée.

Elle entretient et développe des relations harmonieuses avec les membres de l'équipe. Elle collabore à l'initiation des nouvelles travailleuses et à l'évaluation des stagiaires s'il y a lieu.

Qualifications requises :

- cours de premiers soins;
- au moins cinq (5) ans d'expérience comme éducatrice;
- baccalauréat avec spécialisation en petite enfance;

ou

- une formation de niveau collégial ou universitaire reconnue par le ministère de l'Emploi, de la Solidarité sociale et de l'Enfance;

ou

- une attestation d'études collégiales combinée à un diplôme d'études collégiales

[16] À la demande de la directrice du CPE et en collaboration avec cette dernière et des parents de l'enfant, la conseillère pédagogique rapporte avoir travaillé à déterminer les besoins de l'enfant et par voie de conséquence, elle a participé à la conception de la description des tâches de l'accompagnatrice. Le 12 juillet 2012, elle propose à la directrice générale une description de tâches et une liste des qualités requises de la personne recherchée. Ce document a été très légèrement remanié et revisé par la directrice générale. À cette étape de la création du poste

d'accompagnatrice, il n'a pas été question de rapprochement avec le poste d'éducatrice.

[17] La conseillère pédagogique a aussi participé étroitement à l'examen des curriculum vitae reçus à la suite de l'offre publiée dans le journal, à la sélection des candidates invitées à l'entrevue et à la sélection, le tout, en concertation avec la directrice générale. Elle s'intéressait au volet pédagogique de l'évaluation des candidates ce qui n'était guère du ressort de la directrice générale chargée et de la gestion et de l'administration du CPE.

[18] C'était la première fois que le CPE devait retenir les services d'une accompagnatrice. Le choix s'est arrêté sur Lise Ménard. Cependant, avant son entrée en fonction, la grand-mère de l'enfant a bénévolement joué le rôle d'accompagnatrice pendant environ une dizaine de jours ayant été remplacée pendant quelques jours par une seconde personne, déjà bien connue de Lyn Levac. Les conditions de travail accordées à cette accompagnatrice n'ont pas été révélées par la preuve. La conseillère pédagogique n'avait jamais été associée au choix d'un sous-traitant, mais elle avait déjà participé au processus d'embauche d'éducatrices.

[19] France Laniel est une éducatrice en CPE qui compte environ une vingtaine d'années d'expérience et elle est la présidente du syndical régional. Elle a occupé divers postes au sein de cette organisation. Comme représentante syndicale, elle a la tâche d'évaluer les griefs soumis par les syndicats locaux. À son retour de vacances au mois d'août 2012, elle prend connaissance du grief et communique avec la directrice générale du CPE pour lui faire savoir que l'emploi qui avait été affiché correspondait à un poste d'éducatrice et devait faire partie de l'unité d'accréditation. Cela explique le désir du syndicat de voir le nouveau poste réaffiché à l'interne comme un poste d'éducatrice. Aux yeux de la représentante syndicale, la seule véritable différence entre l'éducatrice et l'accompagnatrice est le fait que l'une œuvre auprès d'un groupe d'enfants et l'autre accomplit des tâches d'éducatrice auprès d'un seul bambin, mais quant aux reste, les deux personnes accompliraient les mêmes tâches.

[20] Il va sans dire que la directrice générale Lyn Levac n'a pas partagé cette idée d'intégrer l'emploi d'accompagnatrice à celui d'éducatrice. Selon elle, les services de Lise Ménard ont été retenus à compter du 28 septembre 2012 en sa qualité de travailleuse autonome et non comme employée ou salariée du CPE. C'est la raison pour laquelle elle a demandé à la personne choisie de signer un contrat de travailleuse autonome.

[21] Les conditions de cette relation contractuelle sont exposées dans un document vraisemblablement signé le 29 octobre 2012, mais rétroactif au 26 septembre 2012, jour d'arrivée au CPE de Lise Ménard. La preuve ne nous éclaire pas sur les échanges qui ont eu lieu entre Lise Ménard et la directrice générale au sujet de son statut et des conditions d'exécution de ses tâches d'accompagnatrice. Lise Ménard n'a pas témoigné et elle n'a pas assisté à l'audition du grief dont le sort pouvait affecter négativement ses droits.

[22] Ce document présenté comme un contrat de travailleuse autonome se lit au long comme suit :

Entre : LE CENTRE DE LA PETITE ENFANCE LA CAMPINOISE, corporation légalement constituée ayant son siège social au 185, rue Hébert Salaberry-de-Valleyfield (Québec) J6S 6T7

Représentée par Lyn Levac, directrice générale

Et : MADAME LISE MÉNARD, domicilié au [...]

1. Objet

Le CPE confirme le contrat de travailleuse autonome de madame Lise Ménard à titre d'accompagnatrice et ce depuis le 26 septembre 2012.

Il est entendu que suivant le statut de travailleuse autonome de madame Ménard, ni la convention collective, ni la Loi sur les normes du travail ne s'appliquent au présent contrat.

2. Description de la fonction

Les fonctions de madame Ménard sont décrites et jointes en annexe de la présente entente et sont en conformité avec l'article 3.6 de la convention collective en vigueur au CPE La Campinoise

3. Honoraire

Madame Ménard recevra un montant de 50\$ par jour d'accompagnement à raison de 5 heures par jours.

Il est entendu que lors d'absence de l'enfant cela aura pour effet de diminuer les heures d'accompagnement et par conséquent, le montant qui sera versé.

3.2 Versement

Les honoraires seront versés à madame Ménard à tous les deux jeudis pour la période de deux semaines du lundi au vendredi précédent le jeudi de paiement.

4. Heures de travail

L'horaire qui a été convenu est du lundi au vendredi, de 9h00 à 12h45 et de 14h30 à 15h45, soit 5 heures par jour. Cet horaire est toutefois sujet à changement selon les besoins de l'enfant.

Le CPE s'engage à aviser madame Ménard des absences de l'enfant dès qu'elle aura été portée à son attention par les parents de l'enfant.

5. Congés et bénéfices sociaux

À titre de travailleuse autonome, madame Ménard ne bénéficie d'aucun congé ni d'aucun bénéfices sociaux.

6. Vacances

À titre de travailleuse autonome, madame Ménard ne bénéficie d'aucune vacance.

7. Terminaison

Le présent contrat prend fin lors du départ du CPE de l'enfant C.C. ayant besoin d'une accompagnatrice.

8. Annexe au contrat de travail

Les annexes jointes au présent contrat de travail doivent être considérées comme faisant partie intégrante de ce dernier :

1- Rôle de l'accompagnatrice d'enfant vivant avec un handicap

Signature du contrat

En foi de quoi, les parties ont signé à, Salaberry-de-Valleyfield le 29 octobre 2012.

Lyn Levac, Directrice générale / Lise Ménard

[23] La directrice générale Lyn Levac, explique que, préalablement à l'affichage interne du poste d'accompagnatrice, elle avait jugé utile de faire certaines vérifications auprès de l'Association québécoise des CPE dont l'employeur fait partie. Elle désirait évaluer correctement la tâche d'accompagnatrice et elle a, à cette fin, employé un guide ou un formulaire lui permettant de classifier l'emploi dans le respect des normes en matière d'équité salariale. Un document intitulé "PERSONNEL DE GARDE ÉDUCATIVE, Appellation de l'emploi : Accompagnatrice" réfère aux dix-sept (17) critères d'évaluation qui lui ont permis de déterminer objectivement la classification salariale attribuable à l'emploi d'accompagnatrice. C'est de cette façon que la directrice générale a pu fixer une rémunération horaire de 12,83\$ à 15,19\$ comme cela est indiqué tant à l'affichage interne que dans l'annonce publiée dans le journal. Le nombre d'échelons auquel cette échelle réfère implicitement n'a pas été précisé à l'audience.

[24] Cependant, la rémunération qui sera effectivement payée en vertu du contrat intervenu avec Lise Ménard le 29 octobre 2012 rétroactif au 26 septembre 2012 sera de 10\$ l'heure et non pas, comme cela avait été précédemment déterminé, de 12,83\$ à 15,19\$ l'heure. La preuve ne fournit pas d'explication sur les raisons motivant la réduction du salaire pourtant initialement déterminé, aux dires de la directrice générale, selon une méthode rigoureuse et respectueuse des normes d'équité salariale prévalant au sein des CPE.

[25] La directrice générale a mis en place une méthode de contrôle du temps travaillé par l'accompagnatrice à l'aide d'un formulaire équivalent à une feuille de temps. Lise Ménard n'a jamais eu besoin de présenter une facture proprement dite pour recevoir sa rétribution et le CPE n'a jamais prélevé à la source quelque déduction statutaire sur ce revenu.

[26] Depuis le 29 octobre 2012, l'accompagnatrice travaille donc aux conditions prévues par ce contrat et elle n'a jamais fait partie de l'unité d'accréditation du syndicat.

L'affaire CPE Cachalot

[27] Il convient d'ouvrir une parenthèse pour traiter de l'affaire *Centre de la petite enfance Cachalot et Syndicat des travailleuses et travailleurs en petite enfance de la Montérégie (CSN)*¹ (ci-après "Cachalot") ayant fait l'objet d'une sentence rendue par notre collègue l'arbitre Pierre Cloutier le 21 avril 2011. Il s'agit vraisemblablement de la seule sentence arbitrale ayant traité du titre d'emploi d'accompagnatrice dans le contexte des CPE dont le personnel est syndiqué, comme c'est ici le cas, avec l'organisation syndicale CSN et dont la convention collective est structurée selon un modèle comparable.

[28] Le résumé de l'arrêtiste se lit comme suit :

L'employeur, qui exploite un centre de la petite enfance, a signé avec une éducatrice, membre de l'unité de négociation représentée par le syndicat, un contrat de services d'« accompagnatrice » d'un enfant handicapé. Ce poste n'existe pas dans la convention collective et le taux de rémunération accordé était inférieur à celui d'une éducatrice. Le syndicat invoque l'article 67 du Code du travail, qui est d'ordre public et selon lequel les salariés ne peuvent renoncer aux avantages prévus à la convention par une entente individuelle. Il demande l'annulation du contrat et la répartition des heures de travail parmi les éducatrices ainsi que l'attribution de dommages exemplaires. De son côté, l'employeur prétend que les tâches d'« accompagnatrice » ne sont pas prévues dans la convention et qu'il peut donc les confier à toute personne au moyen d'un contrat à forfait.

[29] Dans cette affaire Cachalot, l'employeur avait tout simplement offert à une éducatrice travaillant déjà pour le CPE d'effectuer des heures de travail additionnelles comme accompagnatrice selon des conditions particulières non convenues avec le syndicat et à un taux de salaire inférieur à celui d'éducatrice.

[30] Tout comme dans le dossier à l'étude, le syndicat dans cette affaire Cachalot cherchait à assimiler le travail de l'accompagnatrice à celui d'éducatrice. La description de tâches de l'accompagnatrice reproduite dans cette sentence Cachalot, quoiqu'en termes moins élaborés, est éminemment comparable à celle déterminée par la directrice générale du CPE La Campinoise (voir au para. [21] de la sentence Cachalot). Le contrat individuel conclut avec l'éducatrice travaillant comme accompagnatrice portait seulement sur trois (3) éléments : les fonctions et les responsabilités principales de l'accompagnatrice, les heures de travail et la rémunération. Dans ce cas, cette dernière avait été fixée à 15\$ l'heure ce qui

¹ AZ-50752771. 2011EXPT-1151, D.T.E. 2011T-400

correspondait, était-il dévoilé au contrat individuel de travail, au “taux proposé par le Ministère de la famille” pour le travail d’accompagnatrice alors que l’éducatrice, selon la convention collective avait droit à 17,50\$ l’heure.

[31] On ne trouvait pas dans cette entente individuelle de mention portant sur un statut de “travailleuse autonome” ni sur une exclusion de l’unité d’accréditation, de la convention collective ou encore de la *Loi sur les normes du travail*. Cependant, l’employeur avait invoqué l’article 3.6 de la convention collective du CPE *Cachalot* lequel était identique à celui que nous trouvons dans la convention collective du CPE La Campinoise, sous réserve d’un seul alinéa ayant trait à l’utilisation du personnel d’une agence de remplacement. Cet article, dans ces deux (2) conventions collectives, se lit comme suit:

Convention collective CPE *Cachalot* :

3.6 Sous-contrats et contrats à forfait

Tout contrat entre l’employeur et un tiers est permis dans l’une ou l’autre des situations suivantes :

- lorsque le contrat n’a pas pour effet de provoquer de mise à pied parmi les travailleuses représentées par le syndicat, ni de diminuer le nombre d’heures de travail de l’une d’entre elles;
- lorsque le centre fait appel à du personnel (sic) d’une agence de remplacement après avoir suivi la procédure de rappel (article 12) et ce, uniquement pour des remplacements d’une durée prévisible de vingt (20) jours et moins ;
- lorsque ce contrat était déjà en vigueur à la date de signature de cette convention collective.

Convention collective CPE La Campinoise :

3.6 Sous-contrats et contrats à forfait

Tout contrat entre l’employeur et un tiers est permis dans l’une ou l’autre des situations suivantes :

- lorsque le contrat n’a pas pour effet de provoquer de mise à pied parmi les travailleuses représentées par le syndicat, ni de diminuer le nombre d’heures de travail de l’une d’entre elles;
- lorsque ce contrat était déjà en vigueur à la date de signature de cette convention collective.

[32] L’arbitre Pierre Cloutier, dans l’affaire *Cachalot*, a été d’opinion que les tâches de l’éducatrice ne devaient pas être confondues avec celles d’une accompagnatrice principalement en raison du fait que la première est responsable de la réalisation d’un programme éducatif s’adressant à tout un groupe d’enfants tandis que la seconde, subordonnée à l’éducatrice, voit aux besoins immédiats d’un seul enfant. Il est aussi d’avis que l’éducatrice travaillant en plus comme accompagnatrice ne pouvait pas être considérée comme un “tiers” au sens de l’article 3.6 de la convention collective. L’employeur n’avait pas le droit de conclure une entente particulière avec cette éducatrice pour lui consentir des conditions de travail non

prévues par la convention collective et sans l'accord du syndicat lorsqu'elle travaillait occasionnellement comme accompagnatrice.

[33] Notre collègue fait aussi observer que si le titre d'emploi d'accompagnatrice n'existe pas dans la convention collective, rien n'interdisait à l'employeur de le créer tout en respectant les conditions prévues par la convention collective. Il écrit :

[130] D'autre part, il est en preuve également que l'accompagnatrice ne constitue pas un titre d'emploi qui fait partie de la convention collective intervenue entre les parties, les seuls titres étant ceux que l'on retrouve à l'annexe « B » de la convention, soit les titres d'éducatrice, de secrétaire-comptable et de cuisinière.

[131] À ce sujet, comme le mentionne avec justesse le procureur syndical, si l'employeur considère que l'occupation d'accompagnatrice est une nouvelle fonction, on peut alors conclure raisonnablement que c'est le sous-paragraphe 27.01 j) qui doit trouver application. Ce sous-paragraphe se lit comme suit :

27.01 i) Nouvelle fonction

Si pendant la durée de la présente convention, l'employeur décide de créer une nouvelle fonction, les parties se rencontrent pour déterminer les attributions de cette fonction ainsi que le taux de salaire s'y appliquant. En cas de désaccord, le cas est soumis pour règlement selon la procédure de griefs et d'arbitrage.

[132] Je résume : l'employeur ne peut pas, d'une part, contracter de manière individuelle avec une travailleuse membre de l'unité d'accréditation sans l'approbation écrite du syndicat et d'autre part, créer une nouvelle fonction sans essayer de s'entendre avec le syndicat sur les attributions de la fonction et le taux de salaire qui s'y applique.

[34] Il est donc important de faire ressortir que nous n'avons pas ici de clause équivalente à l'article 27.01 i) de la convention collective du CPE Cachalot. C'est là, à notre avis, un texte qui a pour effet de restreindre les droits de gérance de l'employeur en l'obligeant de consulter le syndicat avant de créer une nouvelle fonction et d'en déterminer le taux de salaire.

La convention collective CPE La Campinoise

[35] En sus des annexes A "Échelles salariales" et B "Titres d'emploi et description de tâches" de la convention collective, nous avons tenu compte des articles suivants :

ARTICLE 2 DÉFINITIONS

2.1 Travailleuse

Toute personne incluse dans l'unité de négociation, travaillant pour le

centre moyennant rémunération. Ce terme comprend également la travailleuse bénéficiant d'un congé prévu à la convention ou autrement autorisé par le centre.

2.2 Travailleuse à temps complet

Toute travailleuse qui accomplit le nombre d'heures prévues à son titre d'emploi (semaine normale de travail) et dont les services sont retenus sur une base régulière et pour une période indéterminée.

2.3 Travailleuse à temps partiel

Toute travailleuse qui accomplit un nombre d'heures inférieur à celui prévu à son titre d'emploi (semaine normale de travail) et dont les services sont retenus sur une base régulière et pour une période indéterminée. Une travailleuse à temps partiel qui fait exceptionnellement le total des heures prévues à son titre d'emploi conserve son statut de travailleuse à temps partiel.

2.4 Travailleuse occasionnelle

Toute travailleuse dont les services sont retenus pour l'une ou pour l'autre des raisons suivantes :

- remplacer une travailleuse absente ;
- faire face à un surcroît temporaire de travail d'une durée maximale de trois (3) mois;
- exécuter tout travail de nature inhabituelle ou exceptionnelle d'une durée maximale de trois (3) mois;
- toute autre raison convenue entre les parties.

2.5 Poste de travail

Poste de travail désigne une affectation de travail identifiée par les tâches prévues à l'un ou l'autre des titres d'emploi couverts par la convention collective.

2.6 Poste fusionné

Poste fusionné désigne une affectation de travail identifiée par les tâches de plus d'un titre d'emploi.

ARTICLE - CHAMP D'APPLICATION

3.1 Juridiction

La présente convention collective s'applique à toutes les travailleuses régies par le certificat d'accréditation.

3.2 Interprétation du certificat d'accréditation

Si une difficulté d'interprétation se présente au sujet du texte de l'accréditation, les dispositions du Code du travail du Québec s'appliquent et aucun Tribunal d'arbitrage ne peut être appelé à interpréter le sens de ce texte.

3.3 Agent négociateur

Le centre reconnaît, par les présentes, le syndicat comme étant l'unique agent négociateur aux fins de négocier et de conclure une convention collective de travail, au nom et pour toutes les

travailleuses régies par le certificat d'accréditation émis conformément aux dispositions du Code du travail du Québec.

3.4 Ententes particulières

Aucune entente particulière relative à des conditions de travail différentes de celles prévues dans la présente convention ou aucune entente particulière relative à des conditions de travail non prévues dans la présente convention, entre une ou des travailleuses et le centre n'est valable, à moins qu'elle n'ait reçu l'approbation écrite du syndicat.

3.5 Modifications à la convention collective

En tout temps pendant la durée de la convention, les parties se réservent le droit d'ignorer ou de modifier l'un ou l'autre des articles de la présente convention, à la condition expresse que cela se fasse par entente mutuelle écrite et signée par les représentantes autorisées de chacune des parties.

3.6 Sous-contrats et contrats à forfait

Tout contrat entre l'employeur et un tiers est permis dans l'une ou l'autre des situations suivantes :

- lorsque le contrat n'a pas pour effet de provoquer de mise à pied parmi les travailleuses représentées par le syndicat, ni de diminuer le nombre d'heures de travail de l'une d'entre elles;
- lorsque ce contrat était déjà en vigueur à la date de signature de cette convention collective.

3.7 Travail hors de l'unité d'accréditation

La travailleuse ayant accepté d'occuper une fonction de direction au centre, hors de l'unité d'accréditation, perd le droit de retour à son poste après six (6) mois, s'il s'agit d'un remplacement temporaire ou après quatre (4) mois, s'il s'agit d'une promotion. Ce délai peut être prolongé par entente écrite entre le syndicat et le centre.

Si elle retourne à son poste, elle reprend ses droits détenus avant de le quitter, y compris l'ancienneté qu'elle avait acquise jusqu'alors.

ARTICLE 5 GESTION DU CENTRE

5.1 Droits de la direction

Le syndicat reconnaît à l'employeur, par le biais de ses instances désignées, le droit d'exercer ses fonctions de direction, d'administration et de gestion, en autant que cela ne contrevient pas aux dispositions de la présente convention collective.

[...]

5.3 Équipe de travail

a) Composition

Toutes les travailleuses du centre ainsi que le personnel de direction forment l'équipe de travail.

b) Rôle

Sous la supervision de la direction, l'équipe de travail a pour rôle :

- d'organiser les activités communes à plusieurs groupes d'enfants ;
 - d'échanger sur les programmes pédagogiques, les méthodes d'intervention et l'organisation quotidienne du travail ;
- [...]

ARTICLE 10 PROCÉDURE D'ATTRIBUTION DE POSTES

10.1 Affichage de poste

Tout poste vacant que l'employeur décide de combler, ou nouvellement créé, doit faire l'objet d'un affichage au tableau du syndicat dans un délai maximum de trente (30) jours de la vacance ou de la création du poste.

La durée de l'affichage est de cinq (5) jours ouvrables, à moins d'entente contraire entre les parties. L'avis d'affichage doit comprendre les indications suivantes :

- le titre d'emploi ;
- l'affectation (groupe d'âge des enfants, pour les éducatrices)
- le statut (temps complet, temps partiel);
- le nombre habituel d'heures de travail par semaine
- les qualifications requises, telles qu'apparaissant à l'annexe B de la convention.

10.2 Candidature

Toute travailleuse peut poser sa candidature en avisant par écrit la direction dans le délai prévu à cet effet.

10.5 Recrutement externe

Si le centre n'a pu combler le poste suite à un affichage interne, il peut procéder à un recrutement externe.

Résumé des principaux arguments de la partie patronale

[36] La procureure de l'employeur souligne les différences qu'elle qualifie de substantielles entre les tâches de l'accompagnatrice et celles de l'éducatrice comme le laissent voir les descriptions de ces deux titres d'emploi. D'ailleurs, ces distinctions ont été déterminées dans la plus grande bonne foi puisque la directrice générale a retenu les recommandations de la conseillère pédagogique après avoir consulté les parents de l'enfant lui-même évalué par des professionnels en la matière. De plus, elle s'est appliquée à évaluer les fonctions d'accompagnatrice au moyen d'une grille objective émanant du ministère de la Famille dans le but de l'aider à déterminer une classification salariale la plus équitable possible.

[37] La conclusion voulant que l'accompagnatrice puisse s'assimiler à l'éducatrice se heurte au silence de la convention collective qui ne contient pas de titre d'emploi d'accompagnatrice. Le refus d'assimiler ces nouvelles fonctions à celles de l'éducatrice ne peut pas représenter un acte de mauvaise foi uniquement parce que le syndicat est d'opinion contraire. De plus, la directrice générale a tout simplement commis une erreur administrative en faisant publier une annonce de recrutement pour combler un emploi.

[38] Il n'était pas possible d'intégrer ces nouvelles tâches d'accompagnatrice à la convention collective parce qu'elles n'existent pas ce qui permet de recourir à du personnel de l'extérieur. Néanmoins, par souci d'équité à l'égard des salariées déjà à l'emploi du CPE, le poste a été affiché à l'interne. En l'absence de candidature, il a fallu entreprendre un processus de recrutement d'une travailleuse autonome en sollicitant des candidatures externes ce que la convention collective autorisait.

[39] La procureure du CPE convient que l'accompagnatrice n'intervient pas au plan pédagogique et elle respecte le plan d'intervention déterminé par les professionnels spécialisés sans avoir la possibilité d'y apporter des modifications ce qui montre clairement que son travail ne se compare pas à celui de l'éducatrice.

[40] L'employeur devait donc se tourner vers la clause 3.6 de la convention collective permettant de conclure avec un tiers un contrat puisque celui-ci n'avait pas du tout comme conséquence de provoquer une mise à pied ou une diminution des heures de travail des salariés faisant partie de l'unité d'accréditation. C'est pourquoi le contrat d'accompagnatrice a été conclu avec Lise Ménard.

[41] La revendication syndicale de classifier l'accompagnatrice comme éducatrice paraît injuste, voire discriminatoire, à l'égard des éducatrices qui sont responsables non pas d'un seul enfant, mais de tout un groupe. Cela paraît contraire à la loi et aux normes ayant trait à l'équité salariale. La thèse syndicale a été rejetée par l'arbitre Pierre Cloutier dans la sentence *Cachalot* qui se distingue également par le fait que ce décideur avait noté que l'éducatrice travaillant occasionnellement comme accompagnatrice ne pouvait pas être perçue comme une tierce partie au sens de la clause 3.6 de la convention collective.

[42] Dans les circonstances, la réclamation doit être rejetée, le syndicat ayant fait défaut de démontrer la mauvaise foi du CPE tout en ne prouvant pas l'existence des dommages réclamés par le grief.

Résumé des principaux arguments de la partie syndicale

[43] Le représentant syndical décortique le litige en trois parties au moyen des questions suivantes :

1. L'employeur peut-il procéder à l'affichage d'un poste d'accompagnatrice?
2. Peut-il créer un poste en dehors de l'unité de négociation?
3. Le poste d'accompagnatrice est-il équivalent à un poste d'éducatrice?

[44] Le représentant syndical nous invite à prendre en compte la sentence arbitrale *Cachalot* de notre collègue Pierre Cloutier.

[45] Il cite également la 6e édition de l'ouvrage de Robert P. Gagnon, *Le droit du travail du Québec*, mis à jour par Langlois Kronström Desjardins, S.E.N.C.R.L. et plus particulièrement les pages 66 à 79 explicitant la nature du contrat de travail et

ses éléments constitutifs et caractéristiques : le travail, la rémunération et la subordination.

[46] Étant d'opinion que la personne a qui a été confié le rôle d'accompagnatrice de l'enfant est une salariée, le conseiller syndical affirme que l'employeur était dans l'obligation d'afficher un poste d'éducatrice selon la procédure d'attribution de postes prévue par l'article 10 de la convention collective. De plus, comme le titre d'emploi d'accompagnatrice n'est pas prévu à l'annexe B de la convention collective, l'employeur était dans l'obligation d'afficher et de pourvoir un poste d'éducatrice dont les fonctions sont celles qui se rapprochent le plus de celles de l'accompagnatrice. Cela signifie que cette dernière doit se voir consentir les mêmes conditions de travail que celles déterminées pour l'éducatrice.

[47] En rappelant que le certificat d'accréditation vise toutes les salariées du CPE, il est manifeste que l'employeur a convenu de conditions particulières de travail sans le consentement du syndicat ce qui contrevient à l'article 3.4 de la convention collective. D'ailleurs, ajoute-t-il, le seul fait de procéder à l'affichage interne constitue une reconnaissance que ce poste d'accompagnatrice fait partie de l'unité d'accréditation.

[48] Dans les circonstances, la titulaire du poste d'accompagnatrice ne se qualifie pas de travailleuse bénéficiant d'un programme gouvernemental au sens de l'article 2.9 de la convention collective et elle ne peut être, à cause de son statut de salariée, considérée comme un tiers ayant la possibilité de conclure avec l'employeur un contrat à forfait ou un sous-contrat au sens de l'article 3.6 de la convention collective.

[49] Il conclut que le CPE a délibérément contrevenu à la convention collective en refusant d'embaucher une nouvelle éducatrice sous le prétexte que le travail d'accompagnatrice, non prévu comme tel par la convention collective, devait être accompli par une travailleuse autonome aux termes d'un contrat individuel de travail. L'employeur dans les circonstances était dans l'obligation d'afficher un poste d'éducatrice pour satisfaire convenablement aux besoins de l'enfant.

Discussion et décision

[50] Le grief réclamant à l'origine l'affichage d'un poste d'éducatrice n'a jamais été amendé malgré l'évolution de la situation entre le moment de l'affichage interne d'un poste d'accompagnatrice, le 27 juillet 2012, et la signature le 29 octobre 2012 avec effets rétroactifs au 26 septembre 2012, d'une entente entre le CPE et Lise Ménard qualifiée de "travailleuse autonome" dont les services ont été retenus comme accompagnatrice.

[51] La validité de cette entente particulière conclut trois (3) mois après le dépôt du grief ou encore le fait que le CPE n'a jamais reconnu à Lise Ménard le statut de salarié ne font pas partie de l'objet du grief dont nous sommes saisi. Le syndicat s'attaque uniquement au fait que l'employeur a procédé à la création d'une nouvelle fonction d'accompagnatrice et qu'il a pourvu un nouveau poste d'accompagnatrice et non pas d'éducatrice en refusant de reconnaître une équivalence entre cette fonction et celle d'éducatrice.

[52] C'est pourquoi le syndicat demande l'affichage d'un nouveau poste d'éducatrice devant être pourvu conformément à la convention collective et, par voie de conséquence, la disparition de la fonction et du poste d'accompagnatrice. Aux yeux du syndicat, une telle fonction ne peut pas exister parce que la convention collective ne la prévoit pas. Ce faisant, si le grief devait être accueilli, Lise Ménard perdrait son poste d'accompagnatrice et vraisemblablement son emploi. C'est aussi ce qui explique que le syndicat ne s'est guère intéressé au sort de Lise Ménard, dont les services ont été retenu comme accompagnatrice au moyen d'un contrat individuel dit de "travailleuse autonome" au motif que l'article 3.6 de la convention collective l'autoriserait.

[53] Malgré le fait qu'il a abordé en plaidoirie les caractéristiques de la notion de salarié, le syndicat n'a pas formulé de demande subsidiaire advenant le rejet du grief portant sur la reconnaissance d'une nouvelle fonction d'accompagnatrice confiée à une salariée recrutée à l'externe en l'absence de candidate de l'interne ce qui comprendrait également la contestation de la légalité de l'entente particulière conclut sans l'accord du syndicat avec Lise Ménard.

[54] Il nous faut tenir compte de cette réalité et du choix du syndicat de restreindre la portée de son grief à une demande d'affichage d'un poste d'éducatrice.

[55] Il est faux de croire que le CPE n'a pas l'autorité ou le pouvoir de créer une nouvelle fonction et de pourvoir le poste en découlant. La doctrine des droits résiduaires de l'employeur n'est pas nouvelle et elle est reconnue par la jurisprudence comme l'illustrent quelques décisions arbitrales aisément repérables rendues récemment sur le sujet. Par exemple :

- *Syndicat des employées et employés manuels de la Ville de Québec, section locale 1638 (SCFP) et Québec (Ville de) (grief collectif)*, sentence de Me Jean-Guy Ménard (T.A. 2013-09-13), SOQUIJ AZ-51006574, 2013EXPT-1962, D.T.E. 2013T-718 :

[57] Or, il est reconnu en doctrine comme en jurisprudence qu'en principe l'organisation du travail qui couvre, entre autres, la façon d'utiliser ses effectifs et d'exécuter le travail, aussi bien que celle de le distribuer, est une prérogative de tout employeur, sauf si on l'a d'une quelconque façon limitée par une concession formelle apparaissant à une convention collective.

- *Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 501 (TUAC-FTQ) et ADM Milling Co.*, sentence de Me Francine Lamy (T.A., 2013-08-26), SOQUIJ AZ-51007042 :

[56] (...)

La discréption de l'employeur est une caractéristique inhérente aux droits de direction. De manière constante, les arbitres ont généralement décidé, à moins de circonstances plutôt

exceptionnelles où des engagements fermes ont été démontrés, que l'employeur n'est pas lié par la manière dont il a exercé sa discrétion par le passé. Étant toujours investi des mêmes droits de direction, l'employeur peut modifier ses politiques, appliquer d'autres critères, procéder autrement. L'attribution des heures de travail supplémentaire a été un terrain fertile à ce genre de mésententes où les salariés ont soumis des réclamations, suite à la modification de la pratique antérieure et, plus particulièrement, des critères applicables ou de la manière de faire exécuter le travail. Ces griefs ont été systématiquement rejetés sur la base que l'employeur n'est pas lié par l'exercice passé de ses droits de direction.

[57] [...] Car, même si l'employeur a toujours respecté l'ancienneté auparavant, il peut adopter et appliquer d'autres critères dans d'autres circonstances, s'il estime cette nouvelle manière de procéder plus efficace. Ce sont des choix de gestion et ces décisions sont du ressort exclusif de l'employeur, selon les termes exprès de l'article 2.01 de la convention collective. L'arbitre n'est pas investi du pouvoir de vérifier l'opportunité des critères retenus par l'employeur, mais seulement de celui de contrôler la légalité de sa décision, comme l'a décidé un collègue dans *Minerais Lac Itée. et Métallurgistes unis d'Amérique, section locale 9291* (T.A., 1995-05-05), SOQUIJ AZ-95141128, D.T.E. 95T-784, citée par l'employeur.

[58] L'exercice des droits de direction de l'employeur est cependant soumis aux exigences de la bonne foi et la légalité de ses décisions s'apprécie selon le critère de la raisonnableté. Les abus, l'arbitraire, la discrimination ne sont pas un exercice raisonnable des droits de l'employeur et, si cela est démontré, la décision est illégale. Le fardeau de la preuve appartient à celui qui invoque la contravention à ces principes, en l'occurrence le syndicat, et il est difficile à satisfaire parce que cela laisse à l'employeur une grande marge de manœuvre.

- *Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 2881 (FTQ) et CSSS de Dorval-Lachine-Lasalle (griefs syndicaux)*, sentence de Me René Turcotte, T.A. 2013-03-15 AZ-50953241, 2013EXPT-772, D.T.E. 2013T-276, A.A.S. 2013A-16 :

[37] La disposition ne spécifiant pas le moyen de procéder à l'affichage de postes, le recours au moyen pour procéder à l'affichage de postes fait donc partie du droit de gérance de l'employeur. En effet, la jurisprudence est unanime toutes les fois qu'une disposition est muette sur un élément de gestion d'administration, cet élément relève du droit de gérance et

l'employeur a le droit de prendre les décisions qui s'imposent en ce domaine à la condition que sa décision ne soit pas injuste, déraisonnable, discriminatoire. La jurisprudence est unanime en ce qu'elle a statué que toutes les fois qu'un syndicat veut attaquer une décision qui relève du droit de gérance, il appartient au syndicat de ramener la preuve prépondérante que l'employeur a agi de mauvaise foi, de façon déraisonnable, injuste, discriminatoire. En l'espèce, il n'existe aucun élément de preuve à l'effet que la décision de l'employeur de modifier le mode d'affichage de poste pour passer de la voie papier à la voie électronique a été de quelque façon déraisonnable, injuste ou discriminatoire.

- *Boisbriand (Ville de) c. Bastien*, Juge Guylène Beaugé, C.S. 2013-04-03, AZ-50967041, 2013 QCCS 2176, 2013EXP-1862, 2013EXPT-1067, J.E. 2013-995, D.T.E. 2013T-383 :

[11] La Ville fait valoir le caractère déraisonnable de la sentence arbitrale qui nie ses pouvoirs résiduaires ou droits de gérance sur les matières non conventionnées. Or, plaide-t-elle, l'appréciation de la disponibilité d'un employé relève des prérogatives patronales. Elle ajoute que la décision de l'arbitre mène à la situation absurde et ingérable où il suffirait à un lieutenant de prétendre ne pas présenter une disponibilité suffisante pour obtenir à son gré un ou de multiples changements d'équipe. En outre, elle argue que le cas du lieutenant Rhéaume ne donnait même pas ouverture à l'application du paragraphe b) de la clause 10.02 puisque son changement d'horaire ne lui fut pas imposé par son employeur principal, résultant plutôt de son initiative.

[12] Le Syndicat rétorque que la sentence arbitrale s'avère raisonnable dans la mesure où les deux seules conditions prévues à la convention collective se trouvaient réunies pour le changement d'équipe : la non-disponibilité du lieutenant Rhéaume en raison de son horaire auprès de son employeur principal, ainsi que la possibilité de réaménager les effectifs vu la disponibilité des autres lieutenants. Il plaide également le bien-fondé de la conclusion de l'arbitre selon laquelle la règle de la disponibilité minimale de 70 % constitue un ajout à la convention collective. Enfin, il n'offre aucun argument sur la question des droits de gérance de la Ville.

[16] Selon l'arbitre, le refus de la Ville s'avère mal fondé puisqu'il repose non pas sur une clause dûment négociée, mais plutôt sur une directive qui lui semble constituer un « resserrement » des droits conventionnés. Avec égards, cette

détermination qui fait fi des droits de gérance de la Ville ne saurait raisonnablement appartenir « aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit ».

[17] La doctrine traite abondamment des droits de gérance ou droits résiduaires de l'employeur :

1X.9 – On admet généralement que l'arbitre de grief est limité à contrôler le respect des modalités substantives et procédurales de la convention collective ou de la loi qui fonde sa juridiction. Partant, il ne peut s'immiscer généralement dans la gestion de l'entreprise sous prétexte de s'assurer de la qualité de celle-ci pour vérifier le bien-fondé de la finalité recherchée. (...) Ainsi, en l'absence de disposition à la convention collective limitant la liberté des droits de la gérance ou encadrant l'exercice de ces droits, on reconnaît que l'arbitre d'un grief n'est pas habilité à intervenir directement dans la gestion. En d'autres termes, tout ce qui ne peut être valablement rattaché à la convention collective ou à la loi échapperait au contrôle arbitral. Il s'agit d'une application de la théorie des droits résiduaires en vertu de laquelle les matières qui ne sont pas expressément enchaînées par un texte conventionnel ou législatif échappent au contrôle arbitral puisque la convention collective ne comprend que les matières sur lesquelles les parties ont convenu ou qui lui sont rattachées. En un mot, l'arbitre ne peut intervenir que si les droits de gestion de l'employeur sont contenus à la convention collective directement, par voie de rattachement, ou encore circonscrits par la loi. (Rogrique BLOUIN, Fernand MORIN, *Droit de l'arbitrage de grief*, 5^e édition, Les Éditions Yvon Blais Inc., pp. 501-502.)

[18] Ce principe s'avère unanimement consacré :

[...] Par ailleurs, les conventions collectives reconnaissent généralement de façon explicite les droits de la direction (droits de gérance), en laissant à cette dernière l'exercice des pouvoirs résiduaires qui lui permettent de décider unilatéralement de toutes les questions dont la détermination n'est pas explicitée dans la convention collective. L'effet des clauses relatives aux droits de la direction ou du pouvoir résiduaire implicite de l'employeur est souvent tempéré par une stipulation de la convention collective qui garantit au salarié les « droits acquis », généralement sur des sujets dont la convention collective ne traite pas explicitement. (Robert P. GAGNON, *Le droit du travail du Québec*, 4^e édition, Les Éditions Yvon Blais inc., pp.430-431).

[56] Conformément à cette doctrine, au moins de juillet 2012, le CPE a de fait créé cette nouvelle fonction d'accompagnatrice ce qui entraînait la création d'un poste qu'il a cherché à pourvoir en respectant les règles déjà prévues en matière d'affichage de poste et de recrutement, d'abord à l'interne, puis à l'externe.

L'employeur, comme il l'a fait, avait l'autorité nécessaire de définir les tâches habituelles de l'accompagnatrice et déterminer une échelle de salaire appropriée.

[57] Il faut souligner aussi que le CPE avait pris la précaution de demander à la conseillère pédagogique et à une éducatrice, des salariés membres de l'unité d'accréditation, de participer à la définition des tâches de l'accompagnatrice. Il a été mentionné que cette dernière n'intervenait jamais auprès des autres enfants et ne se mêlait pas de l'élaboration du programme éducatif mis en place par l'éducatrice responsable du groupe. Ces salariées n'ont pas fait valoir l'idée, contrairement à la déléguée syndicale, que les tâches d'accompagnatrice s'assimilaient à celles d'une éducatrice. Nous n'affirmons pas que les suggestions de la conseillère pédagogique et de l'éducatrice consultées par la directrice générale lient le syndicat. Néanmoins, ce sont des opinions professionnelles pertinentes qui n'ont pas été remises en cause par la preuve syndicale. Il est donc permis d'en tenir compte.

[58] Le sujet d'un possible rapprochement entre la fonction d'éducatrice et d'accompagnatrice a été abordé par l'arbitre Pierre Cloutier dans l'affaire *Cachalot*. Celui-ci est d'opinion que la distinction entre le poste d'accompagnatrice et d'éducatrice est bien réelle ne serait-ce parce que l'accompagnatrice est dévoué à un seul enfant tandis que la seconde est responsable de l'ensemble d'un groupe d'enfants pour qui elle élaboré les activités propres au programme éducatif. Nous partageons entièrement l'opinion de notre collègue et nous ne voyons pas comment il serait possible de critiquer son raisonnement et de remettre en cause les constatations qu'il énonce.

[59] De plus, ce que le syndicat néglige, si la fonction d'accompagnatrice correspond à celle d'éducatrice, l'inverse doit également être vrai ce qui suppose que l'éducatrice sur ordre de la direction pourrait devoir mettre de côté ses tâches d'éducatrice pour devoir se consacrer à des tâches d'accompagnatrice. La prétention syndicale suggère aussi que le CPE jouit du pouvoir de moduler les descriptions de tâches apparaissant à l'annexe B de la convention collective dans le but de les adapter à la satisfaction de ses besoins. Dans le présent cas, le CPE est allé plus loin, après consultations de plusieurs professionnelles, en créant une nouvelle fonction d'accompagnatrice.

[60] Le CPE n'avait pas besoin de consulter le syndicat pour agir puisque la convention collective à l'étude ne contient pas de texte équivalent à l'article 27.01 de la convention collective *Cachalot*. Nous ne trouvons pas de texte pouvant suggérer sur ce plan des restrictions aux pouvoirs résiduaires de l'employeur.

[61] Faute de candidate de l'interne, le CPE avait le droit de s'adresser au public en général pour recruter une accompagnatrice. C'est ce qu'il a fait au moyen d'une annonce dans le journal comme l'autorisait explicitement l'article 10.5 de la convention collective. L'annonce dans le journal est la suite logique du processus permettant de pourvoir le poste d'accompagnatrice. Elle contient tous les éléments essentiels du poste précédemment affiché à l'interne: horaire entre 9 h à 15 h 30, 20 à 25 heures de travail, échelle de salaire de 12,83\$ à 15,19\$, début du remplacement ou de l'emploi: 4 septembre 2012. Malgré le fait que la description des

tâches soit différente d'un document à l'autre, il n'y a aucun doute qu'il s'agit bien du même poste d'accompagnatrice pourvu par Lise Ménard à compter du 26 septembre 2012.

[62] Cependant, le CPE revendique le droit de retenir les services de Lise Ménard comme accompagnatrice au moyen d'un contrat individuel (sous-contrat ou contrat à forfait, au sens de l'article 3.6 de la convention collective à l'étude) et ainsi exclure celle-ci du groupe de salariées visé par l'accréditation.

[63] Le certificat d'accréditation est clair. L'unité d'accréditation est composée de toutes les salariées, sans exception, peu importe leurs fonctions ou leur titre d'emploi. La décision du 3 juin 2003 de la Commission des relations du travail (ci-après "CRT") mentionne que les deux parties étaient d'accord pour une unité d'accréditation générale comprenant tous les salariés au sens du *Code du travail* L.R.Q., c. C-27. Il est bien reconnu que le certificat d'accréditation est d'ordre public et ne peut être modifié sans une intervention de la CRT. L'arbitre tout comme les parties sont liés par la description de l'unité d'accréditation. Les parties elles-mêmes ne peuvent pas directement ou indirectement y renoncer ou introduire dans leur convention collective des textes ayant pour effet de priver une salariée des avantages de la convention collective et du droit à la représentation syndicale.

[64] La convention collective emploie le terme "travailleuse" pour parler de la salariée. Cela ne change strictement rien et toute personne à l'emploi du CPE, travailleuse à temps complet, à temps partiel ou occasionnel est une salariée visée par l'accréditation dans la mesure où elle répond à la définition de l'expression "salariée".

[65] Le terme "salarié" est défini à l'article 1 l) du *Code du travail* comme la "... personne qui travaille pour un employeur moyennant rémunération..." sauf les exceptions énoncées à ce même article. Celles-ci n'ont pas d'incidence sur le sort de la présente instance. Il est reconnu, sous réserve de ces exceptions, comme celle, par exemple, excluant l'employé faisant partie du personnel de gérance, que cette définition de "salarié" tout comme celle d'"employeur" également contenue au *Code du travail*, correspond à la définition classique des parties au contrat de travail du droit civil (*Le droit du travail du Québec*, Robert P. Gagnon et Langlois Kronström Desjardins, S.E.N.C.R.L. 7e édition, p. 346).

[66] Selon l'article 2085 du *Code civil du Québec* (C.c.Q.), le contrat de travail "...est celui par lequel une personne, le salarié, s'oblige, pour un temps limité et moyennant rémunération, à effectuer un travail sous la direction ou le contrôle d'une autre personne, l'employeur".

[67] Les deux premiers éléments de la définition ne posent aucune difficulté dans les circonstances présentes. L'accompagnatrice exécute une tâche ou un travail pour un temps limité et elle est reçue du CPE une rémunération tarifée de 10 \$ l'heure ou 50 \$ par jour.

[68] Le troisième volet de cette définition est la clef de voûte de la distinction entre le contrat de travail et toute autre forme de relation contractuelle par laquelle une tâche

est exécutée par une personne au bénéfice d'une autre. À ce sujet, les mêmes auteurs précédemment cités écrivent :

91 - L'élément de qualification du contrat de travail le plus significatif est celui de la subordination du salarié à la personne pour laquelle il travaille. C'est cet élément qui permet de distinguer le contrat de travail d'autres contrats à titre onéreux qui impliquent également une prestation de travail au bénéfice d'une autre personne, moyennant un prix, comme le contrat d'entreprise ou de service régi par les articles 2098 et suivants C.c.Q.. Ainsi, alors que l'entrepreneur ou le prestataire de services conserve, selon l'article 2099 C.c.Q., « le libre choix des moyens d'exécution du contrat » et qu'il n'existe entre lui et son client « aucun lien de subordination quant à son exécution, il est caractéristique du contrat de travail, sous réserve de ses termes, que le salarié exécute personnellement le travail convenu sous la direction de l'employeur et dans le cadre établi par ce dernier. (À la page 90. Notre soulignement)

[69] Comme la subordination se vérifie dans les faits, la preuve documentaire atteste amplement de la réalité de cette subordination.

[70] Le CPE a imposé à la personne devant servir d'accompagnatrice à l'enfant un lieu fixe de travail, une liste complète des tâches (annexée au contrat dit de "travailleuse autonome"), un encadrement de l'exécution du travail, des contrôles par des personnes identifiées (principalement la conseillère pédagogique et l'éducatrice) et selon des normes déterminées unilatéralement par le CPE chapeauté par le gouvernement, un horaire de travail connu (déterminé en fonction des heures de présence de l'enfant), une intégration complète dans une équipe de travail et un assujettissement au programme d'activités déterminé dans l'immédiat par l'éducatrice responsable du groupe d'enfants.

[71] L'affichage interne du mois d'août 2012 réfère à une appellation d'emploi, à un horaire de travail, à un statut d'emploi, à une échelle de salaire, à des tâches supervisées et à une participation aux réunions d'équipe. Ces caractéristiques ne concordent pas avec un statut de travailleuse autonome ou de tierce partie exclue du contrôle immédiat ou de l'état de subordination à la direction du CPE. Le rôle essentiel de l'accompagnatrice, selon la description de tâches publiée à l'interne et reproduite sommairement dans l'annonce du journal, est d'aider l'enfant à participer aux activités du programme éducatif et aux activités courantes sous l'autorité quotidienne de l'éducatrice et sous le contrôle de la conseillère pédagogique. De plus, l'accompagnatrice doit collaborer avec tout le personnel et même remplir un rapport journalier du comportement de l'enfant en collaboration avec l'éducatrice titulaire du groupe et la conseillère pédagogique. Elle n'a pas la liberté de gérer ses activités comme elle l'entend.

[72] Tout cela se vérifie de manière encore plus précise dans le libellé du questionnaire utilisé par la directrice générale dans le but de déterminer une

classification salariale équitable applicable à la titulaire d'un poste d'accompagnatrice.

[73] Voici les extraits les plus pertinents de cette grille d'évaluation employée par la directrice générale (avec nos soulignements) pour classifier correctement le nouvel "emploi" d'accompagnatrice :

2. Expérience et initiation (2/4)

Une période de 1 à 3 mois pour se familiariser avec le fonctionnement, les règles et les procédures du CPE et acquérir une expérience pertinente auprès de l'enfant vivant avec un handicap.

3. Mise à jour des connaissances (1/6)

Niveau 1

L'emploi ne nécessite pas de mise à jour des connaissances; les instructions, les directives, les protocoles et les règles sont définis. Les tâches sont connues et précises.

5. Relations interpersonnelles (2/12)

Elle doit manifester soutien et réconfort à l'enfant vivant avec un handicap et faire preuve de patience. Elle doit échanger avec l'éducatrice, la conseillère pédagogique et les parents sur le vécu de l'enfant.

16. Autonomie (1/9)

L'accompagnatrice d'un enfant vivant avec un handicap est généralement encadrée et guidée par l'éducatrice titulaire du groupe et la conseillère pédagogique. Autrement, elle reçoit des consignes et des instructions détaillées. Le déroulement quotidien des activités est constitué de tâches précises et connues, documentées sous forme de directives, de procédures et de règles écrites que ce soit pour l'accompagnement lors des sorties, pour les soins d'hygiène, l'aide à l'habillage et au déshabillage, la préparation de matériel, l'aide durant les repas

8. Créativité (1/9)

La créativité requise pour le poste est de niveau 1 puisque celui-ci ne requiert pas d'adapter de façon appréciable les façons de faire. Elle n'est pas généralement laissée à elle-même pour trouver des solutions aux problématiques de l'enfant qu'elle accompagne.

11. Responsabilités à l'égard d'un progr. ou d'une activité et des ressources fin. ou maté. (1/10)

Niveau 2

Les tâches de l'accompagnatrice ont des conséquences légères puisqu'elle intervient auprès de l'enfant qu'elle accompagne dans la

réalisation des activités de garde et des soins prodigués avec le soutien de l'éducatrice titulaire du groupe et de la conseillère pédagogique dans l'application du programme éducatif.

13. Responsabilités à l'égard des communications (3/29)

Niveau 2

L'accompagnatrice échange avec l'éducatrice, l'enfant qu'elle accompagne, les autres enfants du groupe, la conseillère pédagogique et les différents intervenants.

[74] Les termes du contrat censé lier le CPE et l'accompagnatrice Lise Ménard témoignent encore une fois et sans l'ombre d'un doute de la subordination de Lise Ménard au CPE et à sa direction administrative et professionnelle.

[75] Bien qu'il soit regrettable que les circonstances de l'élaboration de ce contrat et de sa négociation avec Lise Ménard n'aient pas été mises en preuve, les termes de l'entente décrivent les fonctions prédéterminées de l'accompagnatrice (document annexé au contrat), prescrit un horaire de travail précis conditionné uniquement par les heures de présence de l'enfant au CPE, et, faut-il s'en étonner, il est nommément qualifié à son article 8 de "contrat de travail". Le lapsus n'est-il pas des plus significatif?

[76] Quant à l'annexe au contrat portant sur le rôle de l'accompagnatrice, elle reproduit la description de tâches déjà déterminée aux étapes de l'affichage interne et, partiellement, de l'affichage externe. Elle parle de participation aux activités prédéterminées par l'éducatrice, de l'obligation de collaborer avec le personnel salarié du CPE et de l'obligation de se soumettre au plan d'intervention dans le respect des procédures administratives du CPE.

[77] Ce n'est pas la réduction à 10\$ l'heure unilatéralement décidée par le CPE du salaire de l'accompagnatrice, sans que l'on sache pourquoi, qui peut modifier le statut d'emploi de la personne recrutée dans le but de pourvoir le nouveau poste d'accompagnatrice aux conditions déjà offertes par le CPE tant dans l'affichage original que dans l'annonce dans le journal.

[78] La directrice générale a prétendu attacher de l'importance aux règles de l'équité salariale mise en valeur dans le milieu des CPE pour ensuite imposer à l'accompagnatrice un salaire bien inférieur à celui qui était prévu à l'origine sans compter la négation du droit à des congés, à des vacances ou à tout autre avantage en sus de l'exclusion de la protection de la *Loi sur les normes du travail* et de la convention collective. La directrice générale a allègrement contourné la lettre et l'esprit du certificat d'accréditation et de la convention collective en refusant à la nouvelle salariée le statut d'emploi que le certificat d'accréditation et la convention collective lui accorde depuis son premier jour de travail.

[79] L'idée que l'accompagnatrice puisse s'assimiler à une travailleuse autonome est une vue de l'esprit que nous ne partageons pas du tout. Le CPE, selon les critères classiques permettant de définir la travailleuse autonome, avait le fardeau

d'établir que la titulaire de cette fonction assumait des risques financiers inhérents à ses tâches, fournissait du matériel ou des outils de travail, pouvait se faire remplacer par une personne de son choix, qu'elle avait d'autres clients que le CPE et qu'elle avait la liberté de déterminer son temps de travail, bref, qu'elle était une tierce personne indépendante, non-salariée, exécutant véritablement un sous-contrat ou un contrat à forfait au sens de l'article 3.6 de la convention collective. Le CPE avait le fardeau de prouver que les conditions d'application de cet article étaient réalisées et cela n'a pas été fait. D'ailleurs, la notion de travailleuse autonome est principalement issue de considérations d'ordre fiscal.

[80] Le critère essentiel permettant au sens de l'article 3.6 de la convention collective de conclure un sous-contrat ou un contrat à forfait est que la co-contractante ne soit pas une salariée au sens du certificat d'accréditation. Ensuite seulement, les autres conditions de l'article s'appliquent. Le CPE n'a pas le droit d'embaucher une salariée sans l'inclure dans l'unité d'accréditation et sans lui reconnaître toutes les conditions de travail prévues par la convention collective.

[81] Les parties nous ont incité à prendre connaissance de divers documents émanant du ministère de la Famille décrivant exhaustivement le programme éducatif des services de garde du Québec, les règles budgétaires et les normes de financement ainsi qu'un guide administratif concernant la classification et la rémunération du personnel salarié des CPE.

[82] La convention collective à étude n'intègre pas ces normes et ne réfère aucunement à la classification du personnel des CPE prévue par le *Guide administratif concernant la classification et la rémunération du personnel salarié des services de garde et des bureaux coordonnateurs de la garde en milieu familial* ((24 pages)). Celui-ci ne fait même pas état de la fonction d'accompagnatrice. Les descriptions de tâches qu'on peut y trouver ne correspondent pas entièrement à celles des annexes A et B de la convention collective. Il comprend le titre d'emploi d'éducatrice en distinguant entre l'éducatrice "qualifiée" et celle qui est non "qualifiée" et le guide mentionne aussi le titre d'emploi "d'aide éducatrice". Par ailleurs, la convention collective à l'étude prévoit uniquement le titre d'emploi d'éducatrice, mais contient des classifications salariales pour des emplois d'éducatrice "formée" et d'éducatrice "non formée". De même, le titre d'emploi de conseillère pédagogique de l'annexe B de la convention collective ne se retrouve pas dans le guide qui parle plutôt d'agente-conseil en soutien pédagogique et technique. De toute évidence, ce guide administratif expose un modèle de gestion du personnel et de répartition des tâches qui n'a pas été reproduit par les négociateurs de la convention collective.

[83] Ces documents déposés en preuve par les parties ne nous sont d'aucun secours dans la tâche qui nous est confiée de déterminer ce qu'il advient des conditions de travail de l'accompagnatrice. Nous avons noté que la sentence *Cachalot* cite des documents de même nature, mais une lecture attentive ne nous permet pas de penser que notre collègue a appuyé sa décision sur cette documentation. Néanmoins, l'arbitre signale aux paragraphes [127] à [130] de sa

décision que le milieu des CPE conçoit que le travail de l'accompagnatrice s'effectue sous la supervision d'une éducatrice et qu'il pourrait être dévolu à une aide-éducatrice.

[84] Les prétentions syndicales étant mises à l'écart, l'employeur n'a pas à procéder à un nouvel affichage d'un poste d'éducatrice ou même d'accompagnatrice, celui-ci étant déjà pourvu par la salariée Lise Ménard. Cette conclusion confirme implicitement le pouvoir du CPE de créer le nouveau poste d'accompagnatrice et de le pourvoir aux conditions prévues par la convention collective.

[85] Soit dit en passant, le rejet du grief devrait avoir comme conséquence de permettre à Lise Ménard de conserver son emploi d'accompagnatrice avec un statut de salariée aux conditions déterminées au moment de la création du poste et, pour le reste, conformément à la convention collective, et ce, rétroactivement au premier jour de travail comme accompagnatrice. L'échelle de salaire rattachée à ce nouvel emploi devrait être celle publiée à l'époque du recrutement de l'accompagnatrice, de "12,83\$ à 15,19\$", quitte à ce que l'employeur précise, dans l'exercice de ses pouvoirs de direction, le nombre d'échelons propres à cette échelle salariale.

[86] On comprendra qu'en l'absence de conclusions subsidiaires advenant le refus par l'arbitre de conclure à la création d'un nouveau poste d'éducatrice sujet à affichage, il n'est pas de mise de rendre une ordonnance formelle obligeant le CPE à reconnaître rétroactivement à l'accompagnatrice Lise Ménard le statut de salariée avec toutes les conséquences qui en découlent. Le choix de la formulation de la réclamation appartenait au syndicat et nous n'avons pas le pouvoir modifier la nature et l'objet du grief. Celui-ci n'ouvre pas la porte à une conclusion autre que l'assimilation des tâches de l'accompagnatrice à celles de l'éducatrice et à l'affichage d'un poste d'éducatrice.

Par ces motifs

1. Rejetons le grief no 369 du 22 août 2012 incluant la réclamation accessoire en dommages;
2. Déclarons que le CPE n'a pas à afficher un nouveau poste d'éducatrice comme moyen de satisfaire à son besoin d'offrir des services d'accompagnatrice à un enfant porteur d'un handicap;
3. Reconnaissions valide le nouveau titre d'emploi d'accompagnatrice, sa description de tâches, les conditions spécifiques de travail rattachées à cette nouvelle fonction et l'échelle de salaire de 12,83 \$ à 15,19 \$ l'heure (à parfaire au plan du nombre d'échelons), le tout tel qu'il appert des informations mentionnées à l'affichage dudit poste et, soit dit en passant, constatons que Lise Menard est la salariée embauchée dans le but pourvoir le nouveau poste d'accompagnatrice;
4. Réservons notre compétence à l'égard de toute difficulté d'application de la présente sentence;
5. Recommandons au CPE La Campinoise de rétablir rétroactivement au premier jour de travail de Lise Ménard comme accompagnatrice son statut de salariée et de

lui reconnaître tous les droits et avantages prévus par la convention collective incluant les conditions de travail offertes au moment de l'affichage du nouveau poste d'accompagnatrice et, à défaut, réservons au syndicat et à Lise Ménard les recours qui pourraient être les leurs dans les circonstances.

Shefford, le 2 février 2014



Jacques Larivière, arbitre

Date d'audition : 14 novembre 2013

Procureur du syndicat : François Demers, conseiller syndical

Procureur de l'employeur : Me Anaïs Delausnay