

### **CHAPITRE 3 – LES NIVEAUX DE PROTECTION SOCIALE : ÉTAT DE QUESTION AU PLAN JURIDIQUE AU QUÉBEC**

La diversification des situations de travail ne se limite pas au développement accéléré de formes de travail non salarié. Elle s'est aussi opérée à l'intérieur même du salariat par l'émergence d'emplois se distinguant par une durée hebdomadaire réduite (travail à temps partiel), la discontinuité de la relation d'emploi (contrat à durée déterminée, travail occasionnel ou sur appel, ou saisonnier), l'éclatement du cadre bilatéral de la relation d'emploi (travail pour des agences de placement temporaire) ou du lieu de travail (travail à domicile, télétravail).

Il ne fait aucun doute que les personnes occupant ces emplois sont salariées puisqu'elles exécutent une prestation de travail subordonné en contrepartie d'une rémunération. Les caractéristiques de leur situation de travail peuvent toutefois faire en sorte qu'elles ne bénéficient pas pleinement des protections accessibles à l'ensemble des salariés. L'objectif du présent chapitre est d'examiner le niveau des protections que les lois du travail procurent aux salariés en situation de travail non traditionnelle. Seront examinées les modalités d'accès aux différents droits et avantages compris dans les lois du travail afin de voir si celles-ci – développées dans le cadre de rapports de travail homogènes, constitués d'emplois stables, réguliers et continus, occupés par des salariés travaillant à temps plein, exécutant leur travail pour un seul employeur et sur les lieux mêmes de l'entreprise – sont bien adaptées à la situation de ces salariés. Pour les fins de la présente analyse, tous les salariés agissant dans un cadre autre que celui de ce salariat « classique » seront considérés comme des salariés en situation de travail non traditionnelle ou atypiques.

Cette analyse des niveaux de protection peut facilement devenir fastidieuse dans la mesure où elle porte non plus sur l'accessibilité aux divers régimes mais sur l'accessibilité aux différents avantages que ces régimes comportent. La difficulté était de réaliser cet exercice sans reprendre de manière détaillée et exhaustive le contenu de chacune des lois. Le Comité s'est donné une grille d'analyse simple qui a été appliquée

aux lois composant au Québec la protection sociale des travailleurs. Après avoir exposé les grandes caractéristiques de cette grille d'analyse (I), nous présenterons les résultats de l'analyse de chacune des lois identifiées dans le deuxième chapitre en les abordant suivant le même regroupement (II) avant de clore sur quelques éléments de synthèse (III).

## I- LA GRILLE D'ANALYSE

Le développement des formes non traditionnelles de travail salarié est relié à la flexibilité que recherchent les entreprises qui désirent adapter le volume et les conditions d'utilisation de la force de travail à leurs besoins de production. Le cadre juridique existant au Québec n'a pas freiné ce mouvement de fragmentation des situations de travail salarié dans la mesure où le recours au contrat à durée déterminée, aux agences de placement temporaire,<sup>167</sup> au travail à temps partiel, au travail à domicile ou au travail occasionnel n'est pas confiné à des situations particulières.

Ni le *Code civil du Québec*, ni les différentes lois du travail québécoises n'expriment de préférence législative pour le contrat de travail à durée indéterminée et le travail à temps plein.<sup>168</sup> Le *Code civil du Québec*<sup>169</sup> précise simplement que le contrat de travail peut être à durée déterminée ou indéterminée, cette qualification ayant des incidences sur le régime applicable à sa rupture. Une partie peut, pour un motif sérieux, résilier unilatéralement et sans préavis le contrat de travail, qu'il soit à durée déterminée ou indéterminée.<sup>170</sup>

Cependant, en l'absence de motif sérieux, seul le contrat à durée indéterminée peut prendre fin unilatéralement lorsqu'une partie donne à l'autre un délai congé raisonnable.<sup>171</sup> Quant au contrat à durée déterminée, il ne peut être rompu avant terme sauf motif sérieux et il est reconduit tacitement pour une durée indéterminée lorsque, après l'arrivée du terme, le salarié continue d'effectuer son travail durant cinq jours sans

---

167. La *Loi des bureaux de placements* (L.R.Q., c. B-10), qui interdisait le placement privé sous réserve de certaines exceptions, a été abrogée en 1982 : *Loi modifiant diverses dispositions législatives*, L.Q. 1982, c. 58, art. 18.

168. Le *Code du travail* français (art. L. 121-5) par exemple, fait du contrat de travail à durée indéterminée le « contrat de droit commun ». Le contrat à durée déterminée est un contrat d'exception ne pouvant être convenu que dans des circonstances particulières.

169. *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, art. 2086.

170. *Id.*, art. 2094.

171. *Id.*, art. 2091.

opposition de la part de l'employeur.<sup>172</sup> Les lois du travail n'ont pas modifié la liberté qui prévaut dans l'utilisation de ces deux types de contrat de travail.

Si le recours à ces formes de travail atypiques favorise la flexibilité et la capacité d'ajustement des entreprises aux conditions économiques, il peut aussi engendrer l'accentuation de la dépendance économique des salariés. Bien qu'ils se trouvent dans une situation de subordination juridique qui justifie qu'ils soient qualifiés de salariés et qu'ils puissent accéder aux protections que confèrent les lois du travail, leur situation de dépendance économique s'accroît. L'instabilité ou la courte durée de leurs prestations de travail ne leur permet pas toujours d'envisager raisonnablement de fonder leurs moyens de subsistance sur la seule exécution d'un travail. Même s'ils travaillent, leur niveau de revenu peut aussi être insuffisant pour leur garantir des revenus décentes lors d'une interruption pour maternité, chômage, maladie ou retraite. Les régimes publics de protection du revenu dont l'accès ou le niveau des prestations repose sur la quantité d'heures travaillées<sup>173</sup> ou les revenus de travail accumulés<sup>174</sup> sont-ils toujours adaptés à cette situation? Quels revenus protègent-ils vraiment?

Ces formes de travail peuvent aussi engendrer l'iniquité lorsque des salariés atypiques reçoivent, pour un même travail dans un même établissement, des contreparties moindres que celles offertes aux salariés « classiques ». La *Charte des droits et libertés de la personne*, qui pourtant affirme le principe d'un salaire égal pour un travail équivalent<sup>175</sup> et prohibe la discrimination dans l'emploi,<sup>176</sup> pourrait ne pas être un instrument de protection adéquat pour ces salariés compte tenu de la difficulté de prouver, sur la base

---

172. *Id.*, art. 2090. De manière générale, pour cerner les différences entre le contrat de travail à durée déterminée et le contrat de travail à durée indéterminée, voir : Marie-France Bich, « Le contrat de travail, Code civil du Québec, Livre cinquième, titre deuxième, chapitre septième (articles 2085-2097 C.c.Q) », dans *La réforme du Code civil*, volume 2, Les Presses de l'Université Laval, 1993, p. 774 et s.

173. *Loi sur l'assurance-emploi*, précitée.

174. *Loi sur le régime de rentes du Québec*, précitée.

175. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, art. 19 (ci-après citée : « C.d.l.p. »).

176. *Id.*, art. 10 et 16.

d'éléments statistiques concluants, un lien entre les différences dans leurs conditions de travail et un motif de discrimination prohibée par la Charte.<sup>177</sup>

Historiquement, le droit du travail a cherché à concilier flexibilité des entreprises et protection de salariés.<sup>178</sup> Dans le contexte des formes atypiques de travail salarié, cela signifie qu'il doit faire en sorte que : « (l)e travailleur précaire ne doit pas être un travailleur à bon marché, ni un sous-salarié... Il est à tous égards un travailleur comme un autre à cette seule différence que son embauche est limitée dans le temps à la mesure des besoins de l'entreprise. Ni plus, ni moins ». <sup>179</sup> En est-il ainsi en droit du travail québécois? Réalise-t-il cette conciliation entre flexibilité, protection et équité dans le traitement des travailleurs atypiques? Pour répondre à cette question, une grille d'analyse en trois étapes, appréciées souplement pour chacune des lois couvertes par le mandat du Comité, a permis de cerner le *niveau de protection* que confèrent les lois du travail québécoises aux salariés en situations de travail non traditionnelles.

Pour chacune des lois visées par notre mandat, nous avons d'abord identifié les dispositions qui visent explicitement des catégories de salariés en situation non traditionnelle soit pour les exclure de certains avantages, soit pour aménager des règles propres à leur situation. Par exemple, des dispositions de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*<sup>180</sup> précisent les modalités de calcul du revenu brut

---

177. Pour que ces différences entre les conditions de travail des salariés « classiques » et des salariés en situations de travail non traditionnelles soient considérées comme portant atteinte au droit à l'égalité protégé par la Charte, il faudrait pouvoir démontrer qu'elles constituent, à défaut d'une discrimination directement reliée à l'un des motifs visés par l'article 10 de la Charte, une discrimination indirecte susceptible de mettre en cause un droit garanti par la Charte. Cette argumentation, développée par la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse en ce qui concerne les difficultés d'application des principes de la Charte aux clauses dites orphelins dans les conventions collectives, peut être transposée aux travailleurs en situation de travail non traditionnelle : Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Mémoire à la Commission de l'économie et du travail sur la rémunération à double palier et les autres clauses dites « orphelins » dans les conventions collectives*, Québec, août 1998, p. 18-19.

178. Pierre Verge et Guylaine Vallée, *Un droit du travail? Essai sur la spécificité du droit du travail*, op. cit.

179. Pierre-Yves Verkindt, « L'application du principe d'égalité de traitement aux travailleurs précaires », (1995) *Droit social* 870, 876.

180. Précitée.

d'un travailleur sur appel<sup>181</sup> ou d'un travailleur qui cumule plus d'un emploi<sup>182</sup> aux fins du calcul de l'indemnité de remplacement du revenu qui lui sera versée s'il subit une lésion professionnelle. Cet exercice était d'autant plus facile que ces dispositions sont peu nombreuses et aisément repérables. Cela nous a permis de constater qu'en l'état actuel du droit, il n'existe pas de régimes législatifs propres à ces catégories de salariés.

Nous avons aussi relevé les règles d'interprétation qui, graduellement, ont permis d'adapter les règles générales applicables à l'ensemble des salariés à la situation particulière des salariés atypiques. Pensons par exemple à l'interprétation jurisprudentielle des notions de « service continu »<sup>183</sup> ou de « congédiement », conditions d'ouverture au recours pour congédiement sans cause juste et suffisante<sup>184</sup> en vertu de la *Loi sur les normes du travail*, lesquelles ont été interprétées de telle sorte que des salariés en situation de travail non traditionnelle peuvent s'en prévaloir. Il s'agissait ici de considérer les grands courants jurisprudentiels qui ont pu permettre d'adapter le contenu des lois à la situation particulière de ces salariés.

Nous avons enfin tenté d'identifier des règles générales en apparence neutres dont l'application pouvait sembler particulièrement mal adaptée aux situations de travail non traditionnelles. Par exemple, les règles qui assujettissent l'accès aux jours fériés, chômés et payés à une condition de jour ouvrable ou qui permettent de calculer l'indemnité versée aux salariés ayant droit à ces congés sont-elles adaptées à l'irrégularité de la prestation de travail de certains salariés? Alors que la loi et la jurisprudence constituaient les principales sources des deux premières étapes de la grille d'analyse, la dernière étape a aussi été inspirée par la littérature et les consultations menées par le Comité qui ont fait ressortir l'inadéquation entre certains dispositifs législatifs et la protection des salariés en situation de travail non traditionnelle.

---

181. *Id.*, art. 68.

182. *Id.*, art. 71.

183. L.n.t., art. 1, paragr. 12.

184. *Id.*, art. 124.

## II- LES NIVEAUX DE PROTECTION OFFERTS PAR LES LOIS DU TRAVAIL

Les lois examinées sont les mêmes que celles analysées dans le chapitre 2, suivant le même regroupement, même si l'ordre de présentation des régimes étudiés a été modifié. Rappelons que l'objet du présent chapitre est d'étudier l'accessibilité des salariés en situation de travail non traditionnelle aux différents avantages et normes que ces régimes comportent. C'est pourquoi il nous a semblé nécessaire de traiter d'abord du niveau de protection conféré à ces salariés par le régime des normes minimales de travail commun à tous (A), avant de s'arrêter au régime des rapports collectifs du travail (B) et au régime de protection du revenu (C).

### A) Le régime des normes minimales du travail

Nous examinerons successivement chacune des lois constitutives du régime québécois des normes du travail applicables à l'ensemble des salariés, qu'ils bénéficient ou non d'un régime de rapports collectifs. Il s'agit de la *Loi sur les normes du travail*, la *Loi sur la santé et la sécurité du travail*<sup>185</sup> et la *Loi sur l'équité salariale*.<sup>186</sup>

#### 1- La *Loi sur les normes du travail*

La *Loi sur les normes du travail* s'applique à la très grande majorité des travailleurs en situation de travail non traditionnelle à l'exception, avons-nous vu au chapitre 2, des véritables entrepreneurs indépendants. La plupart des *salariés* atypiques ont donc accès en principe aux avantages que la loi aménage, qu'il s'agisse des normes minimales ou des recours qu'elle prévoit. Même si la situation des salariés sous contrat à durée déterminée,

---

185. Précitée.

186. Précitée.

des travailleurs à domicile<sup>187</sup> ou des salariés à temps partiel<sup>188</sup> est expressément visée par des dispositions législatives, le niveau de protection que la loi réserve aux salariés en situation de travail non traditionnelle dépend d'abord de notions s'appliquant à l'ensemble des salariés qu'elle vise.

a. La notion de service continu

Plusieurs des avantages garantis aux salariés par la *Loi sur les normes du travail* - vacances annuelles,<sup>189</sup> jours fériés, chômés et payés<sup>190</sup>, avis de cessation d'emploi,<sup>191</sup> recours à l'encontre d'un congédiement sans cause juste et suffisante,<sup>192</sup> droit limité à la rémunération de certains congés familiaux,<sup>193</sup> protection en cas d'absence pour maladie ou accident<sup>194</sup> – sont assujettis à une condition de service continu dont l'appréciation soulève des difficultés largement connues pour les salariés en situation de travail non traditionnelle.

La loi définit ainsi la notion de service continu :

« la durée ininterrompue pendant laquelle le salarié est lié à l'employeur par un contrat de travail, même si l'exécution de ce travail a été interrompue sans qu'il y ait résiliation du contrat, et la période pendant laquelle se succèdent des contrats à durée déterminée sans une interruption

---

187. La loi s'applique à tout salarié, « quel que soit l'endroit où il exécute son travail » (L.n.t., art. 2).

188. *Id.*, art. 41.1 et 74.1.

189. *Id.*, art. 67 et s.

190. *Id.*, art. 65. L'exigence de service vient d'être retirée par le P.L. n° 143, L.Q. 2002, c. 80, art. 21, précité.

191. *Id.*, art. 82 et 82.1.

192. *Id.*, art. 124.

193. *Id.*, art. 81.1.

194. *Id.*, art. 122.2. Abrogé par le P.L. n° 143, L.Q. 2002, c. 80, art. 62. L'exigence d'une durée de service continu demeure toutefois, pour avoir droit au congé suivant le nouvel article 7901 de la L.n.t.

qui, dans les circonstances, permette de conclure à un non-renouvellement de contrat ». <sup>195</sup>

Le service continu reposant sur la *durée du lien d'emploi* et non sur la durée des périodes de travail effectif, son cumul n'est pas affecté par le fait que le travail soit à temps partiel. L'appréciation du service continu du salarié dont la prestation de travail est irrégulière est plus délicate. La fin d'une prestation de travail signifie-t-elle celle du lien d'emploi avec l'employeur? Les salariés dont la prestation de travail est interrompue à cause du « caractère intermittent, périodique ou saisonnier du travail » <sup>196</sup> lui-même pourront maintenir leur service continu d'un contrat à l'autre; il en est ainsi des travailleurs dont la prestation de travail est interrompue par des mises à pied pour manque temporaire de travail, <sup>197</sup> des travailleurs saisonniers dont le contrat de travail se termine à la fin de chaque saison sans garantie formelle de retour au travail, <sup>198</sup> des travailleurs dont les contrats à durée déterminée se succèdent <sup>199</sup> ou des travailleurs sur appel. <sup>200</sup> Toutefois, la situation est différente pour des travailleurs remplaçants ou occasionnels dont le nom est placé sur une liste de disponibilité sans aucun droit de priorité ou de rappel au travail; dans ce cas, la jurisprudence semble considérer que la fin de la prestation correspond à la

---

195. *Id.*, art. 1, paragr. 12.

196. Jean-Louis Dubé et Nicola Di Iorio, *Les normes du travail*, 2<sup>ème</sup> édition, Sherbrooke, Les Éditions Revue de droit Université de Sherbrooke, 1992. p. 138.

197. *Commission des normes du travail c. Lumilec inc.*, D.T.E. 97T-244 (C.Q.); *Labanowska c. Grands magasins Towers Inc.*, (1991) R.J.Q. 1157; D.T.E. 91T-413 (C.Q.).

198. *Djemai et Clôtures Bénor*, (2001) R.J.D.T. 1900; D.T.E. 2001T-1130 (C.T.); *Malo c. Côté-Desbiolles*, (1995) R.J.Q. 1686; D.T.E. 95T-827 (C.A.) – requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada rejetée; *Jean-François et L.V.M. Tech inc.*, D.T.E. 96T-1377 (C.T.); *Cité de Dorval c. St-Georges*, D.T.E. 96T-1379 – appel rejeté (C.A.M.).

199. *Boily c. Corp. de l'École polytechnique de Montréal*, (2001) R.J.D.T. 168; D.T.E. 2001T-60 (C.T.) – règlement hors cour partiel; *Commission scolaire Bertier Nord-Joli c. Beauséjour*, (1988) R.J.Q. 639; D.T.E. 88T-261 (C.A.).

200. *Carrier et Peignes à métier L.P.L. Inc.*, (2000) R.J.D.T. 1003; D.T.E. 2000T-748 (C.T.).

fin du lien d'emploi avec l'employeur, même si cette interprétation n'est pas unanimement partagée.<sup>201</sup>

Par ailleurs, le service continu reconnaît la continuité d'un lien d'emploi avec un employeur ou encore au sein d'une entreprise dont la propriété ou l'exploitation a pu passer d'un employeur à un autre.<sup>202</sup> Dans l'un et l'autre cas, le cadre d'appréciation du service continu est bilatéral. Il repose sur le rattachement du lien d'emploi à un employeur ou à une entreprise dans laquelle ces services sont exécutés. Le travail de certains salariés atypiques s'inscrit mal dans ce cadre bilatéral. Pensons aux salariés qui cumulent des emplois pour des employeurs différents ou encore aux salariés d'agences de placement temporaire, sur lesquels nous reviendrons.

Le calcul du service continu lors d'interruptions de travail, de même que le rattachement du service à l'entreprise ou à l'employeur, notions appréciées plus ou moins largement selon les espèces,<sup>203</sup> sont donc problématiques pour certains salariés atypiques. Il s'agit d'une condition d'accès à une majorité d'avantages prévus dans la loi. Toute difficulté

---

201. Voir en particulier la décision récente de la Cour d'appel qui annule la décision d'un commissaire du travail qui avait reconnu le service continu d'une salariée embauchée sur une période de près de 10 ans lors de surcroûts de travail ou de remplacements à long terme : *Technologies industrielles S.N.C. inc. c. Vaillancourt*, D.T.E. 2001T-294 (C.A.). L'arrêt accueille l'appel d'un jugement de la Cour supérieure qui avait rejeté une requête en révision judiciaire de la décision du commissaire du travail. Voir les décisions antérieures rapportées au DTE : *Bachand et Technologies industrielles S.N.C. inc.*, D.T.E. 96T-1222 (C.T.); *Technologies industrielles S.N.C. inc. c. Vaillancourt*, D.T.E. 97T-781 (C.S.), ainsi que *C.N.T. c. Technologies industrielles s.n.c. inc.*, D.T.E. 99T-502 (C.Q.). Voir aussi : *C.N.T. c. Commission des écoles catholiques de Québec*, D.T.E. 95T-887 (C.A.).

202. Notons que la définition de service continu comprise dans la loi réfère à la « durée (...) pendant laquelle le salarié est lié à l'employeur par un contrat de travail » (Nous soulignons) alors que les articles 65 et 124 réfèrent à une condition de « service continu dans l'entreprise » (L.n.t., art. 65 – A noter que l'art. 21 du P.L. n° 143, sanctionné le 20 décembre 2002, remplace l'art. 65 en supprimant la condition reliée à la durée de service continu) ou « de service continu dans une même entreprise » (L.n.t., art 124) (Nous soulignons) et que la durée de service continu requise pour déterminer la longueur du congé annuel tient au « service continu chez le même employeur » (L.n.t., art. 67 et 69 – Nous soulignons). Le fait de rattacher la durée de service continu du salarié à l'entreprise a l'avantage de préserver la continuité de la durée de service lors d'un changement de la structure juridique de l'employeur. L'article 97 de la loi, qui prévoit que l'aliénation, la concession et la modification de la structure juridique de l'entreprise n'affectent pas la continuité de l'application des normes du travail, fait en sorte que ces circonstances ne sont pas interprétées comme interrompant le service continu : *Produits Petro-Canada Inc. c. Moalli*, (1987) R.J.Q. 261; D.T.E. 87T-58 (C.A.).

203. Voir par exemple : *Lapierre et Pavane Mayfair Ltée*, (1985) T.A. 380; D.T.E. 85T-452 (T.A.).

d'application de cette notion se répercute donc sur leur niveau de protection: elle limite, par exemple, leur accès au recours à l'encontre d'un congédiement sans cause juste et suffisante, la durée de leur congé annuel et leur possibilité de jouir de jours fériés, chômés et payés.

b. Les normes de travail

Outre la condition de service continu, d'autres modalités se greffant à l'application de certaines normes peuvent constituer un frein pour les salariés en situation de travail non traditionnelle.

i. Travail effectif, revenus et période de référence

Certains avantages sont assujettis à l'exigence d'une quantité de travail effectif ou à l'existence d'un revenu de travail à l'intérieur d'une période de référence. Ces conditions d'accès font parfois défaut aux salariés en situation de travail non traditionnelle.

Prenons l'exemple des sept jours fériés, chômés et payés prévus dans la *Loi sur les normes du travail*. Pour en bénéficier, il ne suffit pas à un salarié de justifier de 60 jours de service continu dans l'entreprise.<sup>204</sup> La *Loi sur les normes du travail* exige aussi que ce jour soit un jour ouvrable pour le salarié<sup>205</sup> et que celui-ci ne se soit pas absenté du travail la veille ou le lendemain de ce jour sans l'autorisation de l'employeur ou sans une

---

204. L.n.t., art. 65. Tel qu'indiqué, l'exigence relative au service continu a été supprimée par le P.L. n° 143, L.Q. 2002, c. 80, art. 21.

205. L.n.t., art. 62; exigence supprimée par le P.L. n° 143, L.Q. 2002, c. 80, art. 20.

raison valable.<sup>206</sup> La première condition pourra désavantager les salariés à temps partiel lorsque le jour férié n'est pas pour eux un jour ouvrable ou encore les travailleurs occasionnels qui devront pouvoir démontrer qu'il s'agit pour eux d'un jour habituel de travail.<sup>207</sup>

Lorsque le salarié répond à ces conditions (service continu, jour ouvrable, pas d'absence la veille ou le lendemain), il a le droit au congé et il a le droit de recevoir une indemnité pour ce congé. Cette indemnité doit être «égale à la moyenne de son salaire journalier des jours travaillés au cours de la période complète de paie précédent ce jour férié, sans tenir compte des heures supplémentaires».<sup>208</sup> Les salariés qui travaillent de manière irrégulière - par exemple des salariés occasionnels qui n'auraient pas travaillé au cours de la période de paie qui précède le congé<sup>209</sup> pourraient avoir droit au congé mais il ne sera pas rémunéré.

Les règles établies dans la *Loi sur la fête nationale*,<sup>210</sup> même si elles sont différentes, peuvent aussi produire ce même résultat. La loi établit que le 24 juin, jour de la fête

---

206. L.n.t., art. 65. Cependant Morin et Brière estiment que le fait pour un salarié à temps partiel ou occasionnel de ne pas travailler la veille ou le lendemain d'un jour férié ne doit pas être considéré comme une absence du travail mais bien comme une raison valable de ne pas être présent (Fernand Morin et Jean-Yves Brière, *Le droit de l'emploi au Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1998, p. 1322, note 33). Cette « absence » ne devrait pas avoir une incidence sur leur droit à un jour férié, chômé et payé si ce jour coïncide avec un jour ouvrable pour eux. « Pour s'absenter, il faut être requis de se présenter au travail » écrit le commissaire du travail chargé de déterminer la durée d'une absence pour cause de maladie – dans le cadre du recours fondé sur l'article 122.2 de la loi, d'un salarié occupant un emploi saisonnier : *Djemai* et *Clôtures Bénor*, précité, p. 1905. Depuis sa toute récente modification, la loi (art. 65) parle du jour ouvrable qui précède ou qui suit le jour férié et chômé, P.L. n° 143, L.Q. 2002, c. 80, art. 21.

207. *Commission des normes du travail c. Béatrice Foods inc.*, D.T.E. 97T-1172 (C.Q.) (surnuméraires). Voir aussi le cas de personnes n'ayant pas le statut de salarié requis pour bénéficier d'un jour férié correspondant à une courte période d'interruption entre deux contrats à durée déterminée: *Syndicat des professeurs de l'État du Québec* et *Québec (Ministère des Communautés culturelles et de l'Immigration)*, D.T.E. 96T-1087 (T.A.).

208. L.n.t., art. 62. Le P.L. n° 143, L.Q. 2002, c. 80, art 20, modifie les règles de détermination de l'indemnité.

209. Sauf s'il s'agit de salariés en congé annuel : L.n.t., art. 64. Cette affirmation doit être pondérée à la lumière de la récente modification de l'art. 62. Voir la note précédente.

210. Précitée.

nationale, est un jour férié et chômé<sup>211</sup> et payé.<sup>212</sup> Le droit au congé de la fête nationale n'est pas assujéti à une condition de service continu, ni au fait qu'il doit s'agir d'un jour ouvrable pour le salarié,<sup>213</sup> ce qui peut permettre à des salariés à temps partiel ou à des salariés occasionnels d'en bénéficier. L'indemnité versée au salarié est calculée de la même manière que celle s'appliquant aux jours fériés en vertu de la *Loi sur les normes du travail*.<sup>214</sup> Toutefois, l'indemnité ou le congé compensateur ne sont pas dus « à un salarié qui n'a pas eu droit à un salaire ou à une indemnité en tenant lieu pendant au moins dix jours au cours de la période du premier au 23 juin »,<sup>215</sup> ce qui a pour effet d'exclure, par exemple, un salarié qui travaille trois jours par semaine dans le cadre d'un horaire régulier de travail, même si la fête nationale coïncide avec un jour ouvrable pour lui. Il aura droit à un congé, mais il ne sera pas rémunéré.

Les critères de détermination de l'indemnité de congé annuel ne sont pas à l'abri de semblables effets. Le fait que le salarié travaille à temps plein ou à temps partiel importe peu en ce qui concerne la durée du congé basée sur la durée du service continu, mais « cet élément acquiert (...) toute son importance au moment de calculer l'indemnité afférente au congé annuel ». <sup>216</sup> L'indemnité de congé annuel est fixée en proportion du salaire brut du salarié pendant l'année de référence,<sup>217</sup> cette proportion variant selon la durée du congé auquel un salarié à droit. Cette règle de proportionnalité appliquée à tous en ce qui concerne la détermination de l'indemnité de congé est perçue par certains

---

211. *Id.*, art. 2.

212. *Id.*, art. 6.

213. *Id.* Lorsque le jour de la fête nationale coïncide avec un jour qui n'est pas normalement ouvrable pour le salarié, l'employeur doit lui accorder un congé compensateur rémunéré devant être pris le jour ouvrable précédent ou suivant le 24 juin.

214. *Id.*, art. 4, tel que modifié par le P.L. n° 143. L.Q. 2002, c. 80, art. 74.

215. *Id.*, art. 7. Abrogé par le P.L. n° 143, L.Q. 2002, c. 80, art. 75.

216. J.- L. Dubé et N. Di Iorio, *op. cit.*, p. 139.

217. L.n.t., art. 74.

auteurs comme étant « dysfonctionnelle, en ce sens que la durée du congé possible peut être trop longue compte tenu des sommes afférentes versées ». <sup>218</sup>

Seuls les salariés travaillant suffisamment d'heures pendant la période de référence ou bénéficiant d'un horaire empreint d'une certaine régularité pourront pleinement bénéficier des normes protectrices reposant sur les heures effectivement travaillées ou les revenus réalisés pendant une période de référence. Ces normes reposent sur le modèle implicite : celui d'une prestation de travail régulière à temps complet.

## ii. Temps de travail et heures supplémentaires

Les dispositions de la *Loi sur les normes du travail* relatives à la durée du travail reproduisent aussi implicitement le modèle de l'emploi à temps plein. La semaine normale de travail est fixée à 40 heures par semaine. <sup>219</sup> Le salarié qui travaille au-delà de ce seuil a droit à un taux de salaire majoré ou à un congé compensatoire. <sup>220</sup> La loi ne reconnaît pas le droit au salarié de refuser de travailler au-delà de la semaine normale de travail. <sup>221</sup> Elle prévoit cependant qu'un salarié ne peut être sanctionné parce qu'il « a refusé de travailler au-delà de ses heures habituelles de travail parce que sa présence était nécessaire pour remplir des obligations reliées à la garde, à la santé ou à l'éducation de son enfant mineur, bien qu'il ait pris tous les moyens raisonnables à sa disposition pour assurer autrement ces obligations ». <sup>222</sup> Pour être protégé par la loi, le refus de travailler

---

218. F. Morin et J.-Y. Brière, *op. cit.*, p. 1322. Elle n'est d'ailleurs pas appliquée pour calculer l'indemnité à laquelle a droit un salarié qui a dû s'absenter pour maladie, accident ou congé de maternité pendant l'année de référence : l'indemnité est équivalente à deux ou trois fois la moyenne hebdomadaire du salaire gagné au cours de la période travaillée, suivant qu'il a droit à deux ou trois semaines de vacances (L.n.t., art. 74, al. 2) et non en fonction du salaire brut pendant l'année de référence.

219. L.n.t., art. 52.

220. *Id.*, art. 55.

221. La loi ne comporte pas d'heures maximales de travail qui viendraient baliser le droit de l'employeur d'exiger du salarié qu'il accomplisse des heures supplémentaires.

222. L.n.t., art. 122, paragr. 6. L'obligation de moyens qui pesait sur le parent a été atténuée par le P.L. n° 143, L.Q. 2002, c. 80, art. 60.

au-delà de ses heures habituelles de travail ne peut être justifié que par ces obligations familiales.

Ces dispositions encadrant la durée de travail soulèvent deux difficultés pour les salariés en situation non traditionnelle. La première, relativement simple et bien connue, tient au fait que les heures normales de travail sont fixées sur une base hebdomadaire plutôt que quotidienne, ce qui a pour effet concret de rendre cette règle non applicable au travailleur à temps partiel,<sup>223</sup> même si les heures additionnelles qui lui sont demandées s'ajoutent à son horaire régulier de travail.

La deuxième concerne la portée de l'obligation s'imposant à un salarié de travailler au-delà de ses heures habituelles de travail à la demande de l'employeur. Prenons l'exemple d'une personne ayant choisi volontairement de travailler à temps partiel, ne fût-ce que quelques années, afin de concilier sa vie professionnelle et ses obligations familiales même au prix d'une baisse du revenu. En l'état actuel du droit, cette personne pourra être tenue de travailler au-delà de ses heures régulières de travail et ne sera protégée en cas de refus que si elle est en mesure de justifier que ce refus est lié à ses obligations parentales et encore, à la condition qu'au préalable, elle ait pris «*tous* les moyens raisonnables pour que soient remplies autrement que par (elle)-même les obligations reliées à la garde, à la santé ou à l'éducation de son enfant mineur ». <sup>224</sup> Le même problème se pose pour des personnes qui cumulent deux emplois à temps partiel et qui ne peuvent par conséquent garantir une large plage de disponibilité en dehors de leurs heures régulières de travail pour les deux employeurs. En l'état actuel du droit, seules les personnes ayant trois années de service continu pourraient contester le bien-fondé d'un congédiement qui reposerait sur ce motif. Mais elles ne sont pas à l'abri d'autres sanctions de l'employeur, ni même d'un congédiement, si elles ne justifient pas de trois ans de service continu.

---

223. Voir sur l'application de la *Loi sur les normes du travail* pour les travailleurs atypiques: Jean-Yves Brière, « Le Big Bang de l'emploi ou la confrontation de la *Loi sur les normes du travail* et des emplois atypiques », dans L. Lamarche (dir.), *Emploi précaire et non-emploi : droits recherchés*, Actes de la 5<sup>e</sup> journée en droit social et du travail de l'UQÀM, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994, p. 3 et s.

224. J.-L. Dubé et N. Di Iorio, *op. cit.*, p. 355.

Le déséquilibre entre la flexibilité que cet encadrement procure à l'employeur et l'obligation d'obéir qu'elle impose au salarié vaut tant pour les salariés «classiques » que pour les salariés en situation de travail non traditionnelle. La différence entre ces deux groupes de salariés n'est pas dans le contenu de l'obligation qui leur est imposée, mais dans sa portée relative différente compte tenu de leur situation. Pour les personnes qui ne travaillent que peu d'heures par semaine, la période de temps où elles peuvent être appelées à travailler sans pouvoir véritablement refuser peut être assez importante – se chiffrant en nombre de jours plutôt qu'en nombre d'heures. On peut craindre l'effet pervers d'un tel déséquilibre, les employeurs ayant intérêt à avoir recours au travail à temps partiel régulier, complété par une obligation de se présenter au travail sur demande lorsque le besoin s'en fait sentir. Cette situation peut aussi dissuader les salariés qui, pour toutes sortes de raisons, notamment la conciliation travail-famille, voudraient volontairement travailler à temps partiel.

### iii. Des normes partielles d'égalité de traitement

La *Loi sur les normes du travail* a été amendée à deux reprises pour y introduire des règles tendant à instaurer une certaine égalité de traitement. Depuis 1990, la *Loi sur les normes du travail* impose aussi à l'employeur de ne pas accorder à un salarié un taux de salaire, un congé annuel ou une indemnité de congé moindres<sup>225</sup> que ceux accordés aux autres salariés qui effectuent les mêmes tâches dans le même établissement *pour le seul motif* que ce salarié travaille habituellement moins d'heures par semaine.<sup>226</sup> Seuls les travailleurs à temps partiel qui gagnent un taux de salaire égal ou inférieur au double du salaire minimum sont visés par cette règle, qui ne s'applique pas non plus aux salariés occasionnels qui peuvent travailler à temps plein au cours d'une semaine de travail, mais dont la durée du lien d'emploi est courte ou prédéterminée ou aux travailleurs provenant d'agences de placement temporaire. Cette règle ne concerne aussi qu'un éventail limité d'avantages : elle ne porte pas, par exemple, sur les avantages sociaux (régimes de

---

225. L.n.t., arts 41.1 et 74.1.

226. Sur l'application de ce principe en matière de salaires: *Maison Simons inc. c. Commission des normes du travail*, D.T.E. 96T-18 (C.A.).

retraite, congés sociaux) qui peuvent constituer une part importante de la rémunération globale.

Depuis 1999, la *Loi sur les normes du travail* prohibe aussi les clauses établissant une disparité de traitement entre les salariés en fonction de leur date d'embauche,<sup>227</sup> mais il s'agit du seul facteur de distinction prohibé.

Ces dispositions dénotent une certaine ouverture de la *Loi sur les normes du travail* envers l'égalité de traitement, mais de manière parcellaire puisque cette obligation ne vise que certains salariés ou certains facteurs de distinction. Il ne s'agit pas d'un principe fondamental devant régir l'ensemble des salariés assujettis à la loi.

#### iv. Des normes inadaptées au cumul d'emplois

Toutes les normes de travail prévues dans la *Loi sur les normes du travail* s'inscrivent dans le cadre d'un lien d'emploi auprès d'un seul employeur. L'article 78 de la loi prévoit le droit pour tout salarié à un repos hebdomadaire d'une durée minimale de vingt-quatre heures consécutives<sup>228</sup> mais l'application effective de cette norme est impossible à l'égard d'un salarié qui cumule deux ou trois emplois à temps partiel auprès d'employeurs différents.<sup>229</sup> De même, les articles 80 à 81.17 de la loi prévoient certains congés sociaux et familiaux – congés de deuil, de mariage, de naissance ou d'adoption, relié à la garde, à la santé ou à l'éducation de son enfant, pour examen de grossesse, de maternité et parental – accessibles aux salariés au sens de la *Loi sur les normes du travail*

---

227. L.n.t., arts 87.1 à 87.3.

228. *Id.*, art. 78. La durée du repos vient d'être portée à 32 heures : P.L. n° 143, L.Q. 2002, c. 80, art. 26.

229. Morin et Brière, *op. cit.*, pp. 1322-1323. Par analogie, voir la difficulté d'application d'une règle conventionnelle portant sur le repos pour un salarié cumulant deux postes à temps partiel pour un même employeur : *CHSLD Le Trifluvien et Syndicat québécois des employé(es) de service, section locale 298 (F.T.Q.)*, (2000) R.D.J.T. 1256; D.T.E. 2000T-584 (T.A.)

sans égard à leur service continu.<sup>230</sup> Morin et Brière soulignent qu'en vertu de ces règles inadaptées aux salariés en situation de travail non traditionnelle, un salarié cumulant plus d'un emploi pour des employeurs différents pourrait obtenir de chacun d'eux les jours de congé prévus dans cette section.

c. Les mesures de protection de l'emploi

L'originalité de la *Loi sur les normes du travail* est de comprendre, outre des conditions de travail minimales de travail, des mesures de protection de l'emploi qui se manifestent dans les recours pouvant conduire à la réintégration forcée du salarié dans son emploi ou dans un droit de retour au travail à la suite de certaines absences. Il ne s'agit pas de la seule loi du travail à garantir ainsi une certaine sécurité d'emploi au salarié. L'analyse que nous ferons de la protection que confèrent ces mesures prévues par la *Loi sur les normes du travail* aux salariés en situation de travail non traditionnelle vaut aussi, avec les adaptations nécessaires, pour les autres lois.<sup>231</sup>

i. Les recours pouvant conduire à la réintégration en emploi

L'article 122 de la *Loi sur les normes du travail*, tout comme d'ailleurs l'article 15 du *Code du travail* qui l'a précédé, précisent des motifs pour lesquels il est interdit à un employeur de congédier, suspendre ou de déplacer un salarié ou d'exercer à son endroit

---

230. Notons toutefois que l'article 15 du *Règlement sur les normes du travail* (R.R.Q., 1981, c. N-1.1, r.3) précise que pour bénéficier d'un congé de maternité, une salariée doit « avoir accompli 20 semaines d'emploi pour un même employeur dans les 12 mois précédents la date du début du congé et être à l'emploi de l'employeur le jour précédent l'avis » de son intention de se prévaloir d'un congé de maternité, article qui semble incompatible avec l'article 81.4 introduit en 1990 et ne posant aucune condition de service continu pour accéder au congé de maternité (J.-L. Dubé et N. Di Iorio, *op.cit.* p. 338). La récente modification apportée par le P.L. n° 143, L.Q. 2002, c. 80, art. 33 n'affecte pas le propos des auteurs. Par ailleurs, les conditions de rémunération de ces congés sont différentes suivant le congé. Le congé de naissance et d'adoption est d'une durée de cinq jours dont deux jours sont rémunérés si le salarié justifie de 60 jours de service continu.

231. Outre la *Loi sur les normes du travail*, les lois suivantes protègent aussi l'emploi en aménageant un droit de retour au travail à la suite de certaines absences (L.s.s.t., art. 38, 43 et 48; L.a.t.m.p., art. 234 et s.) et des recours pouvant conduire à la réintégration dans l'emploi. (C.d.l.p., art. 49; C.t., art. 100.12; *Charte de la langue française*, L.R.Q., c. C-11, art. 45; L.a.t.m.p., art. 32 et 252 et s.; L.s.s.t., art. 227 et s.).

des mesures discriminatoires ou de représailles ou de lui imposer tout autre sanction. Le salarié désirant contester une mesure qui lui aurait été imposé n'a pas à justifier d'une certaine période de service continu.<sup>232</sup> Le salarié (deux ans depuis la modification récemment apportée par l'art. 66 du P.L. n° 143, précité) justifiant de trois années de service continu et qui croit avoir été congédié sans cause juste et suffisante peut aussi se prévaloir d'un recours fondé sur l'article 124 de la *Loi sur les normes du travail*. Les deux recours peuvent conduire à une ordonnance de réintégration du salarié. Cette mesure de redressement fait en sorte que la continuité d'un lien d'emploi ne peut être brisée pour un motif jugé illégitime : la réintégration est le remède usuel résultant de l'exercice de ces deux recours.

Paradoxalement, alors que la stabilité d'emploi leur est rarement garantie, les salariés en situation de travail non traditionnelle ont accès à ces recours favorisant la protection de l'emploi. Le non-renouvellement d'un contrat à durée déterminée<sup>233</sup> a été assimilé à un congédiement ouvrant droit au recours pour congédiement sans cause juste et suffisante, tout comme le non-rappel au travail<sup>234</sup> et la rupture du lien d'emploi faisant suite à la réduction unilatérale des heures de travail.<sup>235</sup> L'employeur a dû dans ces cas faire la preuve que l'imposition de ces mesures reposait sur une cause juste et suffisante.

---

232. Il doit démontrer sa qualité de salarié, l'exercice par lui d'un droit protégé, l'existence d'une mesure prise à son endroit par l'employeur et l'existence d'une concomitance entre l'activité du salarié et la mesure dont il se plaint. Ces faits servent de fondement à la présomption que la mesure imposée par l'employeur est illégale. Il revient à l'employeur de démontrer l'existence d'une autre cause juste et suffisante. Notons toutefois qu'en vertu de l'article 122.2 de la Loi, seuls les salariés justifiant de trois mois de service continu sont protégés par l'interdiction faite à l'employeur de congédier, suspendre ou déplacer un salarié absent pour cause de maladie ou accident durant une période d'au plus 17 semaines au cours des douze derniers mois. Cet article 122.2 vient d'être abrogé par le P.L. n° 143, L.Q. 2002, c. 80, art. 62.

233. *Lavigueur et Québec (Ministère de la culture et des communications)*, (2000) R.D.J.T. 1757; D.T.E. 2000T-1199 (C.T.); *Commission scolaire Berthier Nord-Joli c. Beauséjour*, précité, Voir : Michel Coutu, « Le non-renouvellement du contrat de travail à durée déterminée : évolution comparée du droit du travail français et de la jurisprudence québécoise récente », (1986) 46 R. du B.57.

234. *Champigny c. St-Jérôme (Ville de)*, (1995) C.T. 252; D.T.E. 95T-530 (C.T.); *Lamy c. Kraft Ltée*, (1991) R.D.J. 61 (C.A.); D.T.E. 91T-49 (C.A.); *Boyer c. Hewitt Equipment*, (1988) R.J.Q. 2112; D.T.E. 88T-656 (C.A.).

235. *Bernard c. Multi-recyclage S.D. Inc.*, (1998) R.J.D.T. 187 (C.T.); D.T.E. 98T-15 (C.T.).

Dans le contexte du recours à l'encontre des pratiques interdites, le non-renouvellement d'un contrat à durée déterminée,<sup>236</sup> la réduction des heures de travail,<sup>237</sup> le retrait d'une priorité sur une liste de rappel<sup>238</sup> ou la non-réintégration d'une employée à temps partiel sur appel dans son poste habituel à la suite d'un congé parental<sup>239</sup> ont aussi été interprétés comme des pratiques interdites donnant ouverture au recours fondé sur l'article 122. Bref, les salariés en situation non traditionnelle ont pu accéder à ces recours, dans la mesure où ils pouvaient satisfaire aux autres conditions d'ouverture.

Il reste que la réintégration, qui est le remède usuel lorsque ces recours sont accueillis, n'est pas toujours le remède le plus approprié pour ces salariés. Que penser de l'opportunité d'une ordonnance de réintégration d'un salarié alors que le terme du contrat à durée déterminée qui le liait à l'employeur est imminent, voire expiré? Le remède le plus approprié dans ce cas ne serait-il pas une indemnité se substituant à la réintégration et s'ajoutant à l'indemnité compensant le salaire perdu?

---

236. *École Weston Inc. c. Tribunal du travail*, (1993) R.J.Q. 708; D.T.E. 93T-356 (C.A.) – règlement hors cours (recours fondé sur l'art. 15 C.t); *Moore c. Montréal Trust*, (1988) R.J.Q. 2342; D.T.E. 88T-878 (C.A.) – requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada rejetée; *Boily c. Corp. de l'École polytechnique de Montréal*, précité.

237. *Centre Butters-Savoy Inc. c. St-Laurent*, (1994) T.T. 488; D.T.E. 94T-1131 (T.T.)

238. *Balthazard-Généreux c. Collège Montmorency*, (1998) R.J.D.T. 660; D.T.E. 98T-388 (T.T.). Il faut noter toutefois que les mesures prohibées par l'article 122.2 (maintenant abrogé : voir note 232) pourraient être plus limitées que celles prohibées par l'article 122 : Jocelyne Cotnoir, Robert L. Rivest et Stéphanie Sofio, « La protection accordée par la *Loi sur les normes du travail* en matière d'absence pour cause de maladie : diagnostics et pronostics », Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit du travail*, vol. 171, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 76.

239. *Lachapelle c. Caisse populaire de Lavaltrie*, (2000) R.D.J.T. 608; D.T.E. 2000T-471 (T.T.)

En l'état actuel des dispositions législatives, le commissaire du travail dispose de la latitude lui permettant d'imposer des mesures de redressement appropriées<sup>240</sup> lorsqu'un congédiement a été fait en l'absence de cause juste et suffisante. Il ne peut toutefois le faire lorsqu'il constate qu'une mesure – qu'il s'agisse d'un congédiement, du non-renouvellement d'un contrat, du retrait d'une liste de rappel, d'une diminution des heures de travail – repose sur un motif illégal: il ne peut qu'annuler la mesure imposée au salarié, imposer la réintégration s'il s'agit d'un congédiement et ordonner le versement d'une indemnité compensant le salaire perdu.<sup>241</sup>

Bref, le droit du travail québécois reconnaît le droit pour les salariés en situation de travail non traditionnelle, comme pour l'ensemble des salariés, de ne pas voir leur situation de travail altérée pour des motifs illégaux ou interrompue sans cause juste et

---

240. L'article 128 lui permettant d'ordonner, outre la réintégration (paragr. 1) et une indemnité compensant le salaire perdu (paragr. 2), « toute autre décision qui lui paraît juste et raisonnable, compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire » (L.n.t., art. 128, al. 3), par exemple une indemnité de fin d'emploi calculée en sur la base du nombre d'années de service continu. Trois « écoles » existent dans la jurisprudence quant à l'interprétation des pouvoirs que l'article 128 reconnaît au commissaire du travail lorsqu'il conclut qu'un congédiement ne repose pas sur une cause juste et suffisante mais que la réintégration n'est pas un remède approprié ou n'est pas souhaitée par le salarié. En vertu de la première école, un salarié injustement congédié mais non réintégré peut n'avoir droit qu'à une indemnité de perte d'emploi en vertu du troisième paragraphe et non à une indemnité compensant le salaire perdu au sens du deuxième paragraphe. Une deuxième école reconnaît plutôt au commissaire du travail le pouvoir d'imposer une indemnité compensant le salaire et les avantages perdus au sens du paragraphe 2 et une indemnité additionnelle compensant la perte de l'emploi fondée sur le paragraphe 3, même lorsque c'est le salarié qui choisit de ne pas être réintégré. Un troisième courant veut que le salarié injustement congédié qui ne souhaite pas être réintégré ne puisse avoir droit qu'à une indemnité pour compenser le salaire perdu et non à une indemnité de fin d'emploi. Ce dernier courant serait le plus important au cours des dernières années. Voir : Johanne Savard, « Les indemnités ordonnées par les commissaires du travail en vertu de l'article 128 de la *Loi sur les normes du travail* : compensations justifiées ou indemnités punitives », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit du travail*, vol. 153, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 219. Ne peut-on pas penser que la deuxième école, celle permettant au salarié injustement congédié de recevoir une indemnité compensant le salaire perdu et une indemnité de perte d'emploi, est particulièrement adaptée aux circonstances où la réintégration n'est pas un remède approprié à cause de la situation de travail atypique du salarié? Par ailleurs, sur la difficulté de déterminer le montant d'une indemnité devant compenser le salaire et les avantages perdus au sens du paragr. 2 pour un salarié dont la prestation de travail est discontinuée, voir : *Ménard c. Collège de Maisonneuve*, (2000) R.J.D.T. 1091; D.T.E. 2000T-846 (C.T.).

241. L'article 123 de la loi réfère à l'article 15 C.t. en vertu duquel le commissaire du travail n'a aucune discrétion quant à la période devant être prise en compte pour fixer le montant de l'indemnité, contrairement à l'article 128 L.n.t. : *Lachapelle c. Caisse populaire Desjardins de Lavaltrie*, (2002) R.J.D.T. 235, 238; D.T.E. 2002T-116 (T.T.).

suffisante.<sup>242</sup> La réintégration du salarié lésé, si elle est adaptée à la situation du salarié « classique », convient peu aux salariés en situation non traditionnelle qui ne disposent pas de cette stabilité d'emploi à laquelle le comportement de l'employeur aurait porté préjudice. Une interprétation souple des pouvoirs du commissaire pourrait lui permettre d'imposer des mesures de redressement appropriées pour réparer les atteintes à ce droit.

## ii. Le droit de retour au travail

La *Loi sur les normes du travail*, mais aussi d'autres lois du travail que nous aborderons dès maintenant, protègent l'emploi en garantissant le droit de retour au travail d'un salarié et l'obligation de l'employeur de le réintégrer à la fin de congés pour certaines causes d'absence. L'exercice de ce droit de retour est incertain lorsque l'employeur n'est pas clairement identifié, comme lorsqu'un salarié provient d'une agence de placement temporaire. Il est aussi limitée pour les travailleurs disposant d'un contrat à durée déterminée.

La *Loi sur les normes du travail* prévoit ainsi qu'à la fin d'un congé de maternité ou à la fin d'un congé parental, le salarié a le droit d'être réintégré dans son poste habituel de travail ou dans un emploi comparable dans le même établissement lors d'un congé parental excédant 12 semaines.<sup>243</sup> Si ce poste habituel n'existe plus à son retour, l'employeur doit « lui reconnaître tous les droits et privilèges dont il aurait bénéficié au moment de la disparition du poste s'il avait alors été au travail ». <sup>244</sup> La *Loi sur la santé et*

---

242. Le recours prévu à l'article 124 de la loi a même été analysé comme la matérialisation du *droit au travail* du salarié, c'est-à-dire du « droit pour toute personne d'accéder à l'emploi librement choisi et le droit de ne pas être injustement privée de cet emploi » (Dominic Roux, « Le recours en vertu de l'article 124 de la *Loi sur les normes du travail* dans un contexte de licenciement : vers un renforcement de la protection d'emploi du salarié? » dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit du travail*, vol. 153, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 37), même si ce *droit au travail* est limité par les conditions d'accès au recours.

243. L.n.t., art. 81.15. Ces droits, sans référence particulière à un congé parental excédant 12 semaines, sont maintenant inscrits à l'art. 81.15.1 (P.L. n° 143, L.Q. 2002, c. 80, art. 44).

244. *Id.*, art. 81.15, al. 3. Nouvel art. 81.15.1, al. 2, introduit par le P.L. n° 143, L.Q. 2002, c. 80, art. 44.

*la sécurité du travail* comprend des dispositions comparables garantissant le droit du travailleur bénéficiant d'un retrait préventif d'être réintégré dans son emploi régulier.<sup>245</sup>

De manière un peu différente, la *Loi sur les accidents de travail et les maladies professionnelles* prévoit aussi le droit du travailleur victime d'une lésion professionnelle qui redevient capable d'exercer son emploi « de réintégrer prioritairement son emploi dans l'établissement où il travaillait lorsque s'est manifestée sa lésion ou de réintégrer un emploi équivalent dans cet établissement ou dans un autre établissement de son employeur ». <sup>246</sup> Le travailleur incapable d'exercer son emploi mais capable d'exercer un emploi convenable « a le droit d'occuper le premier emploi convenable qui devient disponible dans un établissement de son employeur », sous réserve des règles relatives à l'ancienneté prévues par une convention collective qui lui serait applicable.<sup>247</sup> La loi précise que ces droits ne peuvent s'exercer que dans une période allant d'une à deux années suivant la taille de l'établissement.<sup>248</sup> Le droit de retour au travail du travailleur qui, à la date où il est victime d'une lésion professionnelle, est lié par un contrat à durée déterminée est plus limité : « s'il redevient capable d'exercer son emploi avant la date d'expiration de son contrat, (il) a le droit de réintégrer son emploi et de l'occuper jusqu'à cette date ». <sup>249</sup>

---

245. L.s.s.t., art. 38, al. 2 (travailleur exposé à un contaminant), art. 43, al. 2 (travailleuse enceinte) et art. 48 (travailleuse qui allaite). Katherine Lippel donne l'exemple de lacunes « subtiles » de ce droit lorsqu'il est appliqué à une travailleuse enceinte qui cumule deux emplois et à qui un médecin avait interdit un travail de plus de 21 heures par semaine en raison de risques ergonomiques. La CALP a décidé que la travailleuse « exposée, en vertu de deux contrats à temps partiel de moins de vingt heures chacun à une durée de travail plus longue que celle prescrite, ne pouvait se prévaloir du retrait préventif étant donné qu'aucun des deux emplois pris séparément ne l'exposait à un nombre d'heures excessif. Ce faisant, le tribunal souligne que le législateur n'avait tout simplement pas prévu de mécanisme d'évaluation pour le cas où la travailleuse exercerait deux emplois, et conclut, tout au moins implicitement, que ce n'est pas au tribunal de pallier cette lacune ». *Hôpital La Providence et Boily*, (1996) C.A.L.P. 87, commenté dans : Katherine Lippel, « Face aux conséquences de la flexibilisation de l'emploi : les solutions juridiques et leurs limites », dans J. Bernier, R. Blouin, G. Laflamme, F. Morin et P. Verge, *L'incessante évolution des formes d'emploi et la redoutable stagnation des lois du travail*, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 2001, p. 48.

246. L.a.t.m.p., art. 236.

247. *Id.*, art. 239. L'emploi convenable est défini à l'article 2 de la Loi.

248. *Id.*, art. 240.

249. *Id.*, art. 237.

Bref, les prestations afférentes à ces congés et le droit de retour au travail prennent fin, pour les travailleurs sous contrats à durée déterminée, à la date d'expiration qui était prévue dans leur contrat,<sup>250</sup> même si seule la *Loi sur les accidents de travail et les maladies professionnelles* en traite explicitement.<sup>251</sup> Ces limites ne concernent que les travailleurs sous contrat à durée déterminée et ne visent pas des travailleurs occasionnels ou sur appel bénéficiant d'un contrat à durée indéterminée auprès d'un employeur.<sup>252</sup>

### iii. L'avis de cessation d'emploi

L'employeur doit donner un avis écrit au salarié avant de mettre fin à son contrat ou de le mettre à pied pour six mois ou plus. La durée de l'avis est fonction de la durée du service continu du salarié. En vertu du troisième alinéa de l'article 82, un avis de cessation d'emploi formulé pendant la période où un salarié est déjà mis à pied est nul et le travailleur doit alors recevoir l'indemnité compensatrice : cette disposition ne s'applique toutefois pas aux emplois dont la durée n'excède habituellement pas six mois à chaque année en raison de l'influence des saisons.<sup>253</sup> Enfin, les salariés qui ne justifient pas de trois mois de service continu, de même que les salariés dont le contrat pour une durée déterminée ou pour une entreprise déterminée expire, ne sont pas visés par cet article;<sup>254</sup> un salarié dont le contrat à durée déterminé n'est pas expiré a donc droit à l'avis de cessation d'emploi.

---

250. Lucie Desrochers, *Travailler autrement : pour le meilleur ou pour le pire? – les femmes et le travail atypique*, Gouvernement du Québec, Conseil du statut de la femme, 2000, p. 142.

251. L'article 81.17 de la *Loi sur les normes du travail*, tel qu'il se lisait avant d'être supprimé par le P.L. n° 143, précité, précise simplement que ces congés « n'ont pas pour effet de conférer à un salarié un avantage dont il n'aurait pas bénéficié s'il était resté au travail ». Voir, au même effet, les nouveaux articles 81.17 et 79.6 introduits par ce même P.L. n° 143, L.Q. 2002, c. 80, arts 27 et 46.

252. *Lachapelle c. Caisse populaire Desjardins de Lavaltrie*, précité.

253. L.n.t., art. 82, al. 3.

254. *Id.*, art. 82.1; *Société d'électrolyse et de chimie Alcan Ltée c. C.N.T.*, D.T.E. 95T-448 (C.A.).

d. Les salariés provenant d'agences de placement temporaire

Les salariés temporaires peuvent être embauchés directement par l'employeur qui recourt à leurs services. Ils peuvent aussi provenir d'une agence de placement temporaire dont l'activité est de référer des salariés à des entreprises clientes pour une mission d'une durée déterminée ou temporaire, à temps plein ou à temps partiel, moyennant un montant établi en fonction du nombre d'heures travaillées par ces salariés et des frais d'administration de l'agence. À la fin d'une mission dans une entreprise-cliente, le salarié temporaire peut être affecté par l'agence de placement dans une autre entreprise-cliente pour une mission d'une durée plus ou moins longue. C'est l'agence qui sélectionne les salariés qui exécuteront le travail dans l'entreprise-cliente et qui les rémunère. Elles sont généralement responsables du versement des contributions de l'employeur aux divers régimes publics.

Cette situation fait naître des relations triangulaires de travail puisque la relation d'emploi est désormais « bâtie sur l'amalgame de deux contrats ».<sup>255</sup> l'un entre l'agence de placement temporaire et le salarié, l'autre entre l'agence et l'entreprise-cliente, utilisatrice des services des salariés. Le principal problème soulevé par cette situation concerne l'identification de l'employeur véritable du salarié affecté temporairement par l'agence de placement dans l'entreprise-cliente.<sup>256</sup> Pour résoudre ce problème, l'approche globale élaborée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Ville de Pointe-Claire c. Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau, section locale 57*<sup>257</sup> propose de rechercher qui détient le pouvoir de contrôler quotidiennement le travail du salarié tout

---

255. Marie-France Bich, « De quelques idées imparfaites et tortueuses sur l'intermédiation du travail », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit du travail*, vol. 153, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 263.

256. À ce titre, la situation qui découle du recours à des agences de placement temporaire diffère de la situation créée par l'utilisation de bureaux de placement privés qui sélectionnent, réfèrent et placent des candidats dans des emplois permanents à pourvoir dans des entreprises clientes (Jean-Robert Tapin, *Agences de placement temporaire*, Ministère de la Main-d'œuvre, de la Sécurité du Revenu et de la Formation professionnelle, 20 octobre 1993, 83 pages, pp. 10-11) ou par le prêt occasionnel de main-d'oeuvre entre employeurs (M.-F. Bich, *op. cit.*, p. 267) qui ne créent pas de telle relations triangulaires de travail.

257. *Ville de Pointe-Claire c. Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau, section locale 57*, (1997) 1 R.C.S. 1015.

en considérant d'autres facteurs comme la rémunération, la discipline, le sentiment d'intégration à l'entreprise.<sup>258</sup>

En contexte de rapports collectifs de travail, cette approche où la subordination juridique a un poids prédominant conduit généralement à désigner l'entreprise-cliente comme le véritable employeur du salarié.

Dans le contexte de la *Loi sur les normes du travail*, l'entreprise-cliente sera aussi désignée comme l'employeur véritable lorsque le salarié continue d'exercer le même travail après avoir été transféré à une agence de placement qui l'affecte au travail qu'il occupait déjà. On cherche en vain dans ces situations le caractère temporaire de l'assignation du salarié qui continue dans les faits d'exercer les mêmes fonctions, sous la même supervision, dans la même entreprise, sans jamais être affecté par l'agence de placement à des missions exécutées dans d'autres entreprises.<sup>259</sup> Le seul fait que la rémunération du salarié provienne de l'agence de placement ne change pas la nature du lien de subordination qui existe entre le salarié et l'entreprise-cliente.<sup>260</sup> Le salarié travaille dans cette entreprise pour une longue période et il occupe un poste répondant aux besoins permanents de l'entreprise, ce qui justifie qu'elle soit considérée comme son employeur.<sup>261</sup>

Dans d'autres cas, cependant, le salarié affecté successivement dans des entreprises clientes lors de surcroûts de travail ou pour remplacer des salariés temporairement absents remplit véritablement des missions de courte durée dans plusieurs entreprises différentes. Désigner dans ce contexte l'entreprise-cliente comme l'employeur véritable en appliquant une approche conférant une valeur importante au contrôle immédiat du travail méconnaîtrait le pouvoir que l'agence exerce sur la *carrière* du salarié (embauche,

---

258. *Id.*, 1049-1053.

259. *Maras c. Clinique familiale St-Vincent enr.*, D.T.E. 96T-1254 (C.T.); *Rivard c. Realmont Ltée*, (1999) R.J.D.T. 239; D.T.E.99T-101 (C.T.)

260. *Tremblay c. Ameublements Tanguay inc.*, D.T.E. 96T-628 (C.T.).

261. *Maras c. Clinique familiale St-Vincent enr.*, précitée, *Rivard c. Realmont Ltée*, précitée.

formation, détermination des affectations) et sur sa capacité de gagner sa vie. Aux fins de la *Loi sur les normes du travail*, on a ainsi reconnu que l'intégration du salarié dans l'agence de placement temporaire, le fait que c'est auprès d'elle qu'il entretient des rapports stables et continus, la désignait comme son employeur.<sup>262</sup> La reconnaissance de cette continuité des liens qui unissent le salarié et l'agence de placement temporaire est particulièrement adaptée au régime de la *Loi sur les normes du travail* qui repose sur la notion de service continu pour l'attribution de plusieurs normes.<sup>263</sup> En l'état actuel du droit, l'employeur d'un salarié provenant d'une agence temporaire pourra être simultanément l'agence ou l'entreprise-cliente, selon la loi en cause.

La protection de ces salariés d'agence soulève d'autres problèmes en regard, spécifiquement, de la *Loi sur les normes du travail*. L'un concerne la discrimination salariale dont ces salariés sont victimes. Les salaires versés aux salariés d'agence seraient d'environ 20 % inférieurs à ceux des salariés de l'entreprise-cliente exécutant les mêmes tâches qu'eux, cette proportion allant jusqu'à 40 % pour les emplois moins spécialisés et exigeant une plus faible scolarité.<sup>264</sup> L'article 41.1 de la loi, qui ne s'applique qu'aux salariés à temps partiel ne gagnant pas un taux de plus de deux fois le salaire minimum et qui ne vise pas explicitement les salariés provenant d'agences de placement temporaire, ne peut corriger cette situation de disparité salariale. Au contraire, son adoption aurait incité certaines entreprises à congédier leurs salariés à temps partiel pour faire affaire avec des agences de placement temporaire afin de se soustraire à l'application de ce texte.<sup>265</sup>

---

262. J.-R. Tapin, *op. cit.*, p. 45-49.

263. Voir les remarques de la juge L'Heureux-Dubé, dissidente, dans l'affaire *Ville de Pointe-Claire c. Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau, section locale 57*, précitée, paragr. 141 à 144.

264. Commission des normes du travail, L'article 41.1 de la *Loi sur les normes du travail et les agences de placement temporaire*, Juin 1995, 3 pages.

265. *Id.*, p. 1-2; J.-R. Tapin, *op. cit.*, pp. 54-56; *Les agences de placement temporaire et la Loi sur les normes du travail*, Document de travail présenté à des fins de discussion au Conseil d'administration de la Commission des normes du travail, Commission des normes du travail, Janvier 1996, p. 15.

Par ailleurs, c'est l'agence de placement temporaire qui, à titre d'employeur au sens de la *Loi sur les normes du travail*, est responsable du versement du salaire et des autres obligations pécuniaires fixées par la loi aux salariés d'agence. Certaines agences ayant une durée de vie plus ou moins longue, les salariés peuvent avoir de la difficulté à récupérer les sommes qui leur sont dues.

L'entreprise-cliente qui a bénéficié de la prestation de travail de ce salarié n'est nullement responsable des obligations contractées par l'agence de placement temporaire à titre d'employeur.<sup>266</sup>

Enfin, la situation du salarié d'agence embauché dans l'entreprise utilisatrice à la fin de sa mission soulève aussi des problèmes. Rien dans la loi ne prohibe l'existence, dans le contrat entre l'entreprise-cliente et l'agence de placement, de clauses limitant l'embauche du salarié de l'agence par l'entreprise-cliente à l'issue de sa mission ou l'assujettissant des pénalités.

Par ailleurs, même lorsque ces limites contractuelles n'existent pas et que l'entreprise-cliente embauche le salarié à l'issue de sa mission pour qu'il continue immédiatement à exécuter les mêmes tâches dans la même entreprise, il a été décidé que le service continu du salarié est interrompu par ce changement d'employeurs.<sup>267</sup>

---

266. L'article 95 de la Loi, qui prévoit qu'« (u)n employeur qui passe un contrat avec un sous-entrepreneur ou un sous-traitant, directement ou par un intermédiaire, est solidairement responsable avec ce sous-entrepreneur, ce sous-traitant et cet intermédiaire, des obligations pécuniaires fixées par la présente loi ou les règlements » vise les « situations conventionnelles de sous-traitance » (M.-F. Bich, *op. cit.*, p. 294) et non celles où une agence de placement temporaire, qui n'est ni sous-traitant, ni sous-entrepreneur, n'exécute pas les obligations pécuniaires découlant de la loi.

267. *Corriveau c. Résidence St-Philippe de Windsor*, (1997) C.T. 464; D.T.E. 97T-1149 (C.T.). Solution inverse quant au calcul de l'ancienneté au sens d'une convention collective : *Corporation métropolitaine de transport – Sherbrooke (CMTS) et Syndicat des employés de bureau de la CMTS (CSN)*, (2001) R.J.D.T. 910; D.T.E. 2001T-399 (T.A.) – désistement de la requête en révision judiciaire.

## 2- La Loi sur la santé et la sécurité du travail

La *Loi sur la santé et la sécurité du travail* a pour objectif d'éliminer à la source les dangers pour la santé, la sécurité et l'intégrité physique des travailleurs au moyen de mécanismes faisant appel à la participation des travailleurs et de leur associations.<sup>268</sup> Il s'agit d'une loi hybride dans la mesure où elle prévoit aussi le versement de certaines indemnités de remplacement du revenu. L'examen de l'état du droit relativement aux travailleurs en situations de travail non traditionnelles se concentrera sur la fonction de prévention de cette loi. Les aspects reliés à l'indemnisation seront traités plus en détail dans la section consacrée à la *Loi sur les accidents de travail et les maladies professionnelles*.

La loi impose aux employeurs et aux travailleurs un ensemble d'obligations destinées à prévenir les accidents du travail. Elle impose à l'employeur de « prendre les mesures nécessaires pour protéger la santé et assurer la sécurité et l'intégrité physique du travailleur », notamment en s'assurant que « les établissements sur lesquels il a autorité sont équipés et aménagés de façon à assurer la protection du travailleur » et en s'assurant « que l'organisation du travail et les méthodes et techniques pour l'accomplir sont sécuritaires et ne portent pas atteinte à la santé du travailleurs ».<sup>269</sup> La mise en œuvre de ces obligations auprès des travailleurs atypiques rencontre toutefois deux obstacles.

Le premier concerne les travailleurs à domicile. Certaines des obligations imposées à l'employeur le sont par rapport à un établissement où œuvrent les travailleurs.<sup>270</sup> Cet établissement constitue le cadre dans lequel s'apprécie l'exécution de ces obligations. L'obligation de l'employeur de prendre des mesures nécessaires pour protéger la santé et la sécurité des travailleurs se limite-t-elle à un lieu physique donné où se concentrent les travailleurs (ce qui correspond à la définition que la loi donne de l'établissement)<sup>271</sup> ou

---

268. L.s.s.t., art. 2.

269. *Id.*, art. 51.

270. Bernard Cliche, Serge Lafontaine et Richard Mailhot, *Traité de droit de la santé et de la sécurité au travail*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 105.

271. L.s.s.t., art. 1.

s'étend-t-elle aux lieux où le travailleur exécute sa prestation de travail, par exemple, la résidence du travailleur à domicile? Selon Cliche, Lafontaine et Mailhot, les obligations de l'employeur relatives à la protection de la santé, de la sécurité et de l'intégrité des travailleurs « subsistent en dehors de l'établissement dans tout lieu de travail où le travailleur est appelé à fournir sa prestation de travail ». <sup>272</sup> Elles ne s'appliquent toutefois que partiellement dans la mesure où l'employeur ne peut contrôler totalement ces lieux de travail. <sup>273</sup>

Le deuxième obstacle concerne les travailleurs d'agence de placement temporaire, en lien avec la difficulté d'identifier l'employeur à qui revient la responsabilité de la sécurité des lieux de travail :

« l'entreprise-cliente et l'entreprise-fournisseur peuvent là-dessus être tentées de se renvoyer la balle. La première allèguera que les travailleurs qui œuvrent dans son établissement ne sont pas les siens et qu'elle n'a donc pas de responsabilité à leur endroit; la seconde rétorquera que l'établissement n'est pas sous son contrôle et qu'elle ne peut imposer à l'entreprise-cliente les modifications qui, le cas échéant, rendraient les lieux ou l'équipement de travail plus sécuritaires ». <sup>274</sup>

Ainsi pourra-t-on difficilement déterminer qui de l'agence ou de l'entreprise-cliente doit veiller à ce que l'établissement soit équipé et aménagé de façon à assurer la protection de

---

272. B. Cliche, S. Lafontaine et R. Mailhot, *op. cit.*, p. 105; voir aussi : Rachel Cox, Jacques Desma rais et Katherine Lippel, *Les enjeux juridiques du télétravail au Québec*, Rapport de recherche publié par le CEFRIO, mai 2001, p. 85; Stéphanie Bernstein, Katherine Lippel et Lucie Lamarche, *Les femmes et le travail à domicile : cadre législatif canadien*, Ottawa, Condition féminine Canada, 2001, p. 110.

273. L. Desrochers, *op. cit.*, p. 184.

274. *La location de personne, la problématique du travailleur autonome, la problématique de l'administrateur et du dirigeant*, Rapport des travaux d'un comité formé par la Commission de la santé et de la sécurité du travail (M<sup>e</sup> Marie-France Bich, M. Pierre Dion, M<sup>e</sup> Guy Lemay, M<sup>e</sup> Normand Ratti), Gouvernement du Québec, juillet 1997, p. 27.

ces travailleurs ou doit prendre les mesures nécessaires pour protéger leur santé, leur sécurité et leur intégrité physique.

Rappelons enfin que la loi fait de la mise en place de mécanismes collectifs de participation des travailleurs l'un des moyens d'élimination à la source des dangers en matière de santé et sécurité du travail. L'intérêt des travailleurs pour un milieu de travail sécuritaire est partagé par tous, quelle que soit leur situation de travail. La participation effective des travailleurs en situation de travail non traditionnelle aux mécanismes d'information et de participation instaurés par la loi peut toutefois être difficile à atteindre compte tenu, dans certains cas, de leur présence plus épisodique dans un établissement.

### 3- La Loi sur l'équité salariale

La *Loi sur l'équité salariale* a pour objectif de « corriger les écarts salariaux dus à la discrimination systémique fondée sur le sexe » (L.é.s., art. 1). Elle établit pour ce faire une démarche d'équité salariale qui varie selon la taille de l'entreprise.<sup>275</sup> Comme l'article 19 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, elle ne prohibe pas directement l'existence de disparités fondées sur les statuts d'emploi. Au contraire, cherchant à corriger uniquement les écarts salariaux liés au sexe, elle ne mesure pas et ne corrige pas les écarts salariaux liés aux statuts d'emploi.

La loi impose d'identifier des catégories d'emplois à prédominance féminine et masculine au sein de l'entreprise,<sup>276</sup> catégories qui seront évaluées et comparées afin d'estimer s'il existe entre elles des écarts salariaux.<sup>277</sup> Les avantages à valeur pécuniaire

---

275. Rappelons que la loi impose la création d'un comité d'équité salariale dans les entreprises de 100 salariés ou plus (L.é.s., art. 16).

276. L.é.s., art. 53.

277. *Id.*, art. 60.1.

doivent être inclus dans la rémunération de chacune des catégories comparées lorsqu'ils ne leur sont pas également accessibles.<sup>278</sup>

Toutefois, les différences dans la rémunération des catégories d'emploi qui sont fondées sur une affectation à durée déterminée ou encore sur « l'absence d'avantages à valeur pécuniaire justifiée par le caractère temporaire, occasionnel ou saisonnier d'un emploi »<sup>279</sup> ne seront pas prises en compte aux fins du calcul des écarts salariaux. Les écarts salariaux que la loi mesure et qu'elle veut corriger sont ceux qui tiennent au sexe, et non à des différences de statuts d'emploi qui existent au sein d'une entreprise. Une femme qui occupe un emploi temporaire dans l'entreprise pourra bien sûr profiter d'un ajustement salarial à l'issue de la démarche d'équité prescrite par la loi, mais cet ajustement ne corrigera pas l'écart entre sa rémunération et celle de ses collègues exécutant les mêmes tâches qu'elle en tant que travailleurs réguliers dans l'entreprise.

La vocation très spécifique de cette loi ressort aussi du traitement qui est fait des salariés provenant d'agences de placement temporaire. En l'absence d'indications dans la loi, la Commission de l'équité salariale considère qu'une personne référée par une agence de placement dans une entreprise pour une période temporaire est salariée de l'agence de placement aux fins de la *Loi sur l'équité salariale*.

Ce faisant, les conditions de rémunération de ces salariés ne seront pas prises en compte dans l'évaluation de la rémunération de la catégorie d'emploi équivalente dans l'entreprise-cliente.<sup>280</sup> Les finalités propres de la loi permettent de comprendre cette

---

278. *Id.*, art. 66. Ces avantages à valeur pécuniaire sont les indemnités et primes, les éléments de temps chômé et payé, les régimes de retraite et de prévoyance collective et les avantages sociaux hors salaire.

279. L.é.s., art. 67.

280. La Loi définit l'employeur comme « quiconque fait exécuter un travail par un salarié » (L.é.s., art. 4, al. 2). Toutefois, la Loi précise aussi pour ses fins à l'article 6 que l'appréciation du nombre de salariés d'une entreprise est établie en fonction du « nombre de salariés inscrits sur le registre de l'employeur par période de paie » (L.é.s., art. 6), ce qui semble conférer un poids important au critère de la provenance de la rémunération pour déterminer l'employeur dans un tel cas. Voir pour une interprétation en ce sens : France St-Laurent, « L'équité salariale : questions préliminaires », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit du travail*, vol. 171, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, pp. 372-374.

exclusion: la rémunération inférieure des salariés provenant d'agences de placement temporaire pourrait infléchir à la baisse la rémunération rattachée à une catégorie d'emploi dans l'entreprise-cliente, par exemple une catégorie d'emploi à prédominance masculine, et fausser le processus de correction des écarts salariaux. Les salariés d'agence pourront être visés par une démarche d'équité salariale initiée dans l'agence de placement comme telle: celle-ci ne permettra pas de corriger la discrimination salariale dont ils sont victimes par rapport aux salariés qui font la même tâche qu'eux dans l'entreprise-cliente où ils sont affectés.

En dépit de son titre, la *Loi sur l'équité salariale* n'est pas une loi d'équité salariale au sens large du terme: elle cherche à corriger la discrimination salariale fondée sur le sexe dans chaque entreprise et développe pour ce faire des instruments sophistiqués qui ne sont pas conçus pour identifier et mesurer l'effet d'autres facteurs d'iniquité salariale comme les statuts d'emploi. Par ailleurs, comme la *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, on peut craindre que l'intégration des salariés atypiques dans l'entreprise ne soit pas toujours suffisante pour qu'ils puissent contribuer aux mécanismes de participation que la loi instaure.

## B) Le régime des rapports collectifs de travail

La liberté d'association des travailleurs et la reconnaissance effective du droit de négociation collective font partie des droits fondamentaux des travailleurs reconnus internationalement.<sup>281</sup> Dans cette section, nous tenterons d'évaluer quel est le niveau de protection des salariés en situation de travail non traditionnelle eu égard à ces droits.

Deux lois québécoises<sup>282</sup> seront examinées: le *Code du travail* et la *Loi sur les décrets de convention collective*.<sup>283</sup>

### 1- Le *Code du travail*

Le *Code du travail* reconnaît à tout salarié au sens de la loi le «droit d'appartenir à une association de salariés de son choix, de participer à la formation de cette association, à ses activités et à son administration».<sup>284</sup> Pour ce faire, il établit un régime basé sur le monopole de représentation syndicale. Une seule association de salariés se verra attribuer le monopole de représenter tous les salariés compris dans une groupe déterminé, l'unité de négociation : celle qui dispose de l'appui d'une majorité des salariés compris dans cette unité. L'employeur doit reconnaître le syndicat accrédité et a l'obligation de s'engager avec lui dans un processus de négociation devant conduire à la conclusion d'une convention collective de travail.

---

281. En vertu de l'article 2 de la *Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail*, adoptée par la Conférence internationale du Travail en juin 1998 (Genève, 86<sup>e</sup> session), « l'ensemble des Membres, même lorsqu'ils n'ont pas ratifié les conventions en question, ont l'obligation, du seul fait de leur appartenance à l'Organisation, de respecter, promouvoir et réaliser, de bonne foi et conformément à la Constitution, les principes concernant les droits fondamentaux qui sont l'objet des dites conventions, à savoir : a) la liberté d'association et la reconnaissance effective du droit de négociation collective; b) l'élimination de toute forme de travail forcé ou obligatoire; c) l'abolition effective du travail des enfants; et d) l'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession ».

282. Seules sont étudiées ici les lois composant le régime des rapports collectifs accessible aux salariés, à l'exclusion des lois qui aménagent les rapports collectifs de certaines catégories de travailleurs autonomes, qui ont été étudiées dans le chapitre précédent.

283. Précités.

284. C.t., art. 3.

Comment les salariés en situation de travail non traditionnelle cheminent-ils dans ce processus d'établissement des rapports collectifs?

a. L'inclusion dans l'unité de négociation

L'unité de négociation, c'est-à-dire le groupe de salariés qui sera représenté par le syndicat accrédité, peut regrouper la totalité des salariés d'un employeur<sup>285</sup> – on parle alors d'une unité générale – ou un groupe distinct de salariés de cet employeur suivant l'accord intervenu entre l'employeur et l'association de salariés et constaté par l'agent de relations du travail<sup>286</sup> ou encore, s'il y a désaccord, suivant la décision de la Commission des relations du travail au sujet du caractère approprié de l'unité de négociation définie par l'association de salariés requérante.<sup>287</sup> Ce sont les seules dispositions du *Code du travail* encadrant la configuration d'une unité de négociation. Lorsqu'il doit trancher sur le caractère approprié d'une unité, le commissaire du travail dispose aussi de critères « classiques » élaborés dans la jurisprudence pour déterminer ce qu'est une unité de négociation appropriée.<sup>288</sup> Il considère la communauté d'intérêts sur le plan des relations du travail entre les salariés, l'historique des relations du travail dans l'entreprise et le secteur, le désir manifesté par les salariés en cause, le critère géographique ou la structure physique de l'entreprise et, enfin, le souci de préserver la paix industrielle en évitant la multiplication d'unités d'accréditation distinctes dans une même entreprise.

Ces règles législatives et jurisprudentielles ne visent pas explicitement les salariés en situation non traditionnelle. Elles balisent l'exercice du droit d'association et l'accès à la représentation collective de tous les salariés au sens du *Code du travail*. Elles ont toutefois des effets particuliers sur eux à cause de leur situation de travail.

---

285. *Id.*, art. 21, al. 3.

286. *Id.*, art. 28, paragraphes a) et b).

287. *Id.*, art. 32, al.1).

288. *Syndicat national des employés de Sicard (CSN) c. Association internationale des travailleurs de métal en feuilles*, (1965) R.D.T. 353 (C.R.T.).

En vertu des règles précédemment exposées, l'unité de négociation ne peut regrouper que les salariés d'un même employeur. Cela fait en sorte que les salariés œuvrant pour des employeurs différents, simultanément ou successivement, peuvent difficilement profiter d'une représentation syndicale unique. Au mieux, ils s'intégreront temporairement dans des unités d'accréditation différentes, au fil de leur cheminement professionnel pour des employeurs distincts.

L'identification et le rattachement à un seul employeur est aussi le principal problème concernant les salariés provenant d'agences de placement temporaire dans le cadre du *Code du travail*. Pour déterminer si le salarié provenant d'une agence de placement temporaire est compris dans l'unité de négociation formée des salariés de l'entreprise-cliente accomplissant des tâches similaires aux siennes, il faut voir qui de l'agence ou de l'entreprise-cliente est son véritable employeur. Dans l'affaire *Ville de Pointe-Claire c. Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau, section locale 57*,<sup>289</sup> la Cour suprême a dû se prononcer sur le caractère raisonnable d'un jugement du Tribunal du travail qui avait conclu que le véritable employeur d'une salariée provenant d'une agence de placement temporaire était l'entreprise-cliente et que par conséquent, elle pouvait bénéficier des droits et avantages prévus dans la convention collective s'appliquant à ses propres salariés. La Cour suprême a approuvé le résultat auquel en était arrivé le Tribunal et propose une approche globale par laquelle il s'agit de rechercher qui exerce « le contrôle sur les prestations de travail quotidiennes (directives quant à l'exécution du travail quotidien) et les conditions de travail générales (horaires de travail, congés, repas, jours fériés) »<sup>290</sup> de la personne, tout en considérant d'autres facteurs: rémunération, discipline, sentiment d'intégration à l'entreprise révéle notamment par la durée des assignments.<sup>291</sup> Tous ces facteurs ne sont pas d'égal

---

289. *Ville de Pointe-Claire c. Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau, section locale 57*, précité, *Syndicat des employés du CLSC Montréal-Nord c. Centre local de services communautaires de Montréal-Nord*, D.T.E. 2000T-62 (T.T.); M.-F. Bich, *op. cit.* Quant à l'inclusion des salariés provenant d'une agence de placement temporaire dans le contexte d'une requête en accréditation visant l'entreprise-cliente, voir *Bridgestone/Firestone Canada inc. c. T.C.A. Canada*, D.T.E. 2002T-433 (T.T.).

290. *Ville de Pointe-Claire c. Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau, section locale 57*, précitée, p. 1049.

291. *Id.*, pages 1049-1053.

importance, la subordination juridique révélée par le contrôle quotidien de l'exécution du travail et le pouvoir de déterminer les conditions de travail générales ayant un poids déterminant dans l'identification de l'employeur véritable, c'est-à-dire celui qui détient les pouvoirs de direction et de contrôle du travail du salarié. La décision de la Cour suprême dans cette affaire doit être lue en ayant à l'esprit l'objet du *Code du travail* : elle permet de garantir l'équité dans le traitement de personnes qui exécutent un même travail dans un même lieu en faisant en sorte qu'elles puissent bénéficier des mêmes conditions de travail négociées et de dissuader les entreprises de recourir à une agence de placement temporaire pour contourner les rapports collectifs de travail en place dans l'entreprise. Mais la Cour souligne aussi que ces relations de travail triangulaires font ressortir les limites de règles dont l'application repose sur la recherche préalable d'une relation bilatérale de travail subordonné.

D'autres difficultés concernent l'intégration des salariés en situation de travail non traditionnelle aux unités de négociation composées des salariés «classiques » travaillant à temps plein pour une durée indéterminée. Lorsqu'il y a entente entre les parties syndicale et patronale sur le contour de l'unité visée par une requête en accréditation, l'inclusion ou l'exclusion des salariés en situation de travail non traditionnelle variera selon le contenu de l'entente entre les parties. Lorsqu'il y a désaccord, le commissaire du travail peut être amené à se prononcer sur l'inclusion ou l'exclusion de salariés en situation non traditionnelle dans l'unité de négociation.

Généralement, les salariés réguliers à temps partiel sont inclus dans les unités comprenant l'ensemble des salariés à temps plein de l'employeur.<sup>292</sup> La situation est plus incertaine pour les salariés occasionnels ou temporaires, même si, en principe, « les employés temporaires ne doivent être exclus d'une unité (...) que si la preuve est faite qu'ils forment un groupe distinct devant lui-même constituer une unité appropriée de négociation ». <sup>293</sup> Brière et Gagnon observent en effet qu'« on aura tendance à exclure les employés purement occasionnels du groupe des employés réguliers, même s'il demeure possible qu'ils soient syndiqués et puissent former un groupe distinct ». <sup>294</sup> La situation des travailleurs occasionnels ou temporaires semble devoir être appréciée au cas par cas. <sup>295</sup>

Enfin, les unités de négociation constituées uniquement ou en majorité des salariés en situation non traditionnelle soulèvent des problèmes de nature différente. Juridiquement, rien n'empêche les salariés d'un employeur ayant recours quasi exclusivement à des

- 
292. Robert P. Gagnon, *Le droit du travail du Québec. Pratiques et théories*, 4<sup>ème</sup> édition, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 272; Jean-Denis Gagnon, « Employé parfois ou quelquefois. Le travail atypique ou précaire: les insuffisances du droit canadien et québécois », (1991) 70 *Revue du Barreau canadien* 71, 80; Jean Yves Brière et Robert P. Gagnon, *Droit du travail*, collection de droit 2001-2002, École du Barreau du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 109. Voir aussi: *Fraternité canadienne des cheminots, employés de transport et autres ouvriers, local 535 c. Transport Sonar Inc.*, (1989) T.T. 137; D.T.E. 89T-327 (T.T.); *Monsieur Muffler Ltée c. Syndicat des travailleurs de Monsieur Muffler*, (1985) T.T. 297; D.T.E. 85T-555 (T.T.) – requête en évocation rejetée et désistement d'appel sur d'autres points de la décision du T.T.; *Hebdos Télémedia Inc. c. Syndicat des journalistes des Hebdos Télémedia*, D.T.E. 92T-1413 (T.T.); *Librairie Garneau (1994) Inc. c. Syndicat des travailleuses et travailleurs de Librairie Garneau (CSN)*, D.T.E. 98T-510 (T.T.) - requête en révision judiciaire rejetée, désistement d'appel.
293. *Union des routiers, brasseries, liqueurs douces et ouvriers de diverses industries, local 1999 c. Serres Rougemont Inc.*, (1976) T.T. 251, p. 255; J-D. Gagnon, *op. cit.*, pages 78-83. On peut toutefois douter de la viabilité à long terme d'une unité constituée des seuls salariés temporaires d'une entreprise : quelle portée aurait, par exemple, une grève déclenchée par ce groupe de salariés alors que les salariés réguliers de l'employeur sont au travail?
294. J.-Y. Brière et R.P. Gagnon, *op.cit.*, p. 109. Dans le même sens : R. P. Gagnon, *op.cit.*, p. 272. Dans le sens de l'exclusion, outre la jurisprudence citée par R. P. Gagnon et J.-Y. Brière, voir: *Construction du St-Laurent Ltée c. International Union of Operating Engineers, local 791 (FTQ)*, (1972) T.T. 195.
295. Notons qu'il est possible pour un groupe de salariés en situation de travail non traditionnelle déjà compris dans une unité de négociation plus large de demander un fractionnement de l'unité existante afin de constituer un groupe distinct aux fins de l'accréditation, même si les tribunaux sont réticents à admettre le fractionnement (R.P. Gagnon, *op.cit.*, p. 277). Voir : *Syndicat des travailleuses et travailleurs en loisirs de Ville de Laval c. Ville de Laval*, (1987) C.T. 223, 228; D.T.E. 87T-504 (C.T.).

travailleurs sous contrat à durée déterminée, à temps partiel ou sur appel de se regrouper pour former un syndicat accrédité et obliger l'employeur à négocier une convention collective. Toutefois le fort roulement du personnel peu incité à s'attacher à l'entreprise par la précarité des conditions de travail offertes rend plus incertain l'établissement d'une représentation syndicale stable. C'est pourquoi plusieurs relient les difficultés de syndicalisation et la précarité de l'existence des syndicats accrédités dans le secteur des services privés et du commerce, par exemple, au fort ratio de salariés en situation non traditionnelle qui œuvrent dans ces secteurs.

b. L'appréciation de la représentativité de l'association syndicale

Une fois définis les contours de l'unité de négociation, la deuxième étape de la procédure d'accréditation consiste à vérifier le caractère représentatif de l'association de salariés auprès du groupe de salariés qu'elle souhaite représenter au moyen du calcul des effectifs syndicaux. Suivant l'article 36.1 du *Code du travail*,<sup>296</sup> une personne pourra être reconnue membre du syndicat aux fins de l'établissement de son caractère représentatif si elle est un salarié compris dans l'unité de négociation visée par la requête, elle a signé une formule d'adhésion, elle a payé personnellement une cotisation syndicale et elle a rempli ces conditions le ou avant le jour de la requête. Comme l'écrivent Brière et Gagnon :

« Aux fins de l'application de l'article 36.1, la jurisprudence exige une prestation effective de travail au moment du dépôt d'une requête en accréditation ou, du moins, une probabilité prochaine d'une telle prestation comme condition de reconnaissance du statut de salarié (...). Il s'agit d'écarter de l'appréciation du caractère représentatif des associations les salariés dont la présence au travail trop sporadique ou incertaine empêche de les considérer comme suffisamment intégrés à

---

296. Voir aussi le *Règlement sur l'exercice du droit d'association conformément au Code du travail*, R.R.Q., 1981, c. C-27, r. 3, art. 18.

l'entreprise et à l'unité d'accréditation concernée pour qu'on leur reconnaisse la faculté de décider de l'accréditation du syndicat ». <sup>297</sup>

Ce critère de la réalité prochaine du retour au travail permettra de déterminer si des salariés qui ne sont pas au service de l'employeur le jour où une requête est déposée, à cause de l'irrégularité de leur prestation de travail, peuvent être considérés aux fins de l'appréciation du caractère représentatif du syndicat. <sup>298</sup> Lorsque cette probabilité de retour au travail est difficile à apprécier – par exemple pour des salariés occasionnels ou des salariés mis à pied pour une durée indéterminée – la jurisprudence a élaboré la règle dite des 7/13 en vertu de laquelle ne seront retenus aux fins de l'appréciation du caractère représentatif du syndicat que les salariés ayant fourni une prestation de travail au cours d'au moins sept des treize semaines précédant le dépôt de la requête. <sup>299</sup> Les juges peuvent toutefois choisir une règle mieux adaptée au milieu de travail en cause : il ne faut pas, par l'application d'une règle purement mécanique, « écarter du choix de la représentation syndicale les salariés que leur situation rattache réellement à l'entreprise malgré le caractère épisodique de leur prestation de travail ». <sup>300</sup>

---

297. J.-Y. Brière et R.P. Gagnon, *op. cit.*, p. 112.

298. R.P. Gagnon, *op.cit.*, pp. 281-282; *Université Laval c. Syndicat des chargés de cours de l'Université Laval*, (1986) T.T. 351; D.T.E. 86T-698 (T.T.); *Syndicat des travailleuses et travailleurs du Centre d'accueil Anne-le-Seigneur C.E.Q. c. Syndicat des employés et employées du Service Bétournay C.S.N.*, (1990) T.T. 481; D.T.E. 90T-1176 (T.T.); *Famous Players Inc. c. Syndicat des travailleuses et travailleurs du cinéma Parisien*, D.T.E. 96T-434 (T.T.); *Syndicat des employés d'Autobus Magog c. Syndicat des travailleuses et travailleurs d'Autobus Magog*, D.T.E. 96T-278 (C.T.); *Syndicat des travailleurs forestiers du Québec (SCEP)- section locale 3000Q c. Sylvitech (9078-0305) Québec Inc.*, (2001) R.J.D.T. 1810; D.T.E. 2001T-995 (C.T.).

299. Voir par exemple: *Union des employés d'hôtels, restaurants et commis de bar, local 31 c. Syndicat des travailleurs(euses) du Bonaventure*, (1984) T.T. 393; D.T.E. 84T-868 (T.T.); *Union des employés d'hôtels, restaurants et commis de bars, section locale 31 (C.T.C.) c. W.W. Hôtels (PB.-TEN) Co. (Hôtel Bonaventure)*, (2000) R.J.D.T. 1697; D.T.E. 2000T-1151 (C.T.).

300. J.-Y. Brière et R.P. Gagnon, *op. cit.*, p. 112-113; *Sobeys Inc. c. Syndicat des travailleuses et travailleuses de Sobeys de Baie-Comeau*, (1995) T.T. 306; D.T.E. 95T-627 – sur d'autres points : requêtes en révision en vertu de l'art.49 C.t rejetées, appels rejetés T.T., requête en évocation rejetée et désistement d'appel ; *Syndicat régional des employés de soutien c. Syndicat de soutien scolaire du Saguenay*, (1986) T.T. 324; D.T.E. 86T-626 (T.T.); *Syndicat des salariées et salariés de la Régie des installations olympiques c. Régie des installations olympiques*, D.T.E. 97T-1291 (C.T.); *Syndicat des employés du CLSC Chaleurs (CSN) c. Association professionnelle des technologistes médicaux du Québec*, (2000) R.J.D.T. 603; D.T.E. 2000T-395 (T.T.).

Une fois accréditée, l'association de salariés doit représenter également tous les salariés compris dans l'unité de négociation, que ceux-ci soient membres ou non du syndicat et quelle que soit leur situation de travail.<sup>301</sup> En contrepartie, chaque salarié compris dans l'unité de négociation doit, qu'il soit membre ou non du syndicat et quelle que soit sa situation de travail, contribuer au financement de l'association accréditée par la retenue à la source d'un montant spécifié par cette association.<sup>302</sup>

c. Les distinctions apportées dans la convention collective

Les salariés en situation de travail non traditionnelle, à l'exception des travailleurs temporaires dont la situation est incertaine, ont donc accès à la représentation collective au sens du *Code du travail* grâce aux adaptations jurisprudentielles apportées aux règles existantes. La plupart d'entre eux sont inclus dans les unités d'accréditation regroupant les autres salariés d'un employeur. Ils seront assujettis à la convention collective qui résultera normalement du processus de négociation entre le syndicat accrédité et l'employeur.

Rien dans le cadre législatif actuel n'empêche cependant les conventions collectives de contenir des clauses établissant des catégories différentes de salariés aux fins de l'octroi des avantages qu'elles contiennent.<sup>303</sup>

---

301. C.t., art. 47.2.

302. *Id.*, art. 47. Le *Code du travail* et les règlements qui en découlent ne précisent pas les règles de détermination de la cotisation syndicale (Pierre Verge et Gregor Murray, *Le droit et les syndicats. Aspects du droit syndical québécois*, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 1991, pp. 157-158.) Ce sont les règles régissant la vie interne du syndicat qui établissent le quantum des diverses contributions et, le cas échéant, les modes de détermination de la contribution d'un salarié dont la prestation de travail et les revenus sont irréguliers. Par exemple, une contribution établie par un montant fixe plutôt que par un pourcentage défavoriserait ces salariés.

303. Le contenu de la convention collective peut comprendre toute disposition portant sur des conditions de travail qui n'est pas prohibée par la loi ou contraire à l'ordre public (C.t., art. 62). Par ailleurs, l'établissement de catégories distinctes de salariés dans les conventions collectives en ce qui concerne les conditions de travail ne serait pas contraire à l'obligation de représentation juste et égale du syndicat à l'égard des salariés qu'il représente (C.t., art. 47.2). Sur l'obligation de représentation du syndicat, voir : *Tremblay c. Syndicat des employées et employés professionnels et de bureau, section locale 57 (SIEPB-CTC-FTQ)*, 2002 CSC 44; D.T.E. 2002T-455 (C.S.C.). Voir aussi les distinctions apportées par R.P. Gagnon, L. LeBel et P. Verge, *Droit du travail*, 2<sup>ème</sup> édition, précité, p. 364 et s.

Dans ce contexte, des salariés qui effectuent le même travail pour un même employeur pourront, suivant qu'ils soient considérés comme « réguliers », « permanents », « à contrat », « temporaires » ou « à temps partiel », pour reprendre le vocabulaire usuel des conventions collectives, avoir un accès différencié aux règles relatives à la protection de l'emploi, au rappel au travail, aux assurances collectives, aux congés de maladie ou aux autres congés, etc.<sup>304</sup> Il en est de même des travailleurs provenant d'agences de placement temporaire pouvant être considérés, aux fins du *Code du travail*, comme des salariés de l'entreprise-cliente : la convention collective qui leur sera applicable pourrait comporter des dispositions particulières aux salariés occasionnels provenant d'agences de placement. Dans l'arrêt *Ville de Pointe-Claire c. Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau, section locale 57*, la juge L'Heureux-Dubé, dissidente, soulignait l'effet limité de la convention collective pour ces salariés de passage :

---

304. Dans une sentence récente, l'arbitre Marcel Morin devait décider du grief d'un employé temporaire réclamant le statut d'employé régulier au sens de la convention collective. Il estime que si ces différentes catégories d'emplois ont pu être établies de bonne foi (au sens des articles 6 et 7 du *Code civil du Québec*) par les parties, celle-ci ne prévaut pas toujours dans l'administration de la convention collective par l'employeur. Celui-ci, «...sous prétexte d'une saine administration, a appliqué la convention collective en garnissant la liste des salariés temporaires d'un nombre aussi important sinon plus important que la liste des salariés réguliers. Ainsi, on est en présence de deux (2) groupes d'employés qui font exactement, à quelques détails près, la même chose, l'un bénéficiant de l'ensemble des dispositions de la convention collective, les salariés réguliers, et les autres ne se voyant appliquer que quelques unes des dispositions de la convention collective (...). L'on a ainsi détourné de son objectif premier l'utilisation des salariés temporaires, qui sont normalement engagés pour effectuer du remplacement de salariés réguliers absents pour quelque raison que ce soit, pour des surcroûts temporaires de travail ou pour des situations imprévues. (...) Or, les salariés temporaires ont pour plusieurs d'entre eux des tâches relevant normalement des salariés réguliers, et ce, sur une base régulière. On en arrive donc à créer deux (2) catégories d'employés bénéficiant de droits bien différents en jouant le plus souvent sur des contrats de moins de six (6) mois, contrats qui sont renouvelés quelques jours après pour une autre période de plusieurs mois (...). Une telle façon d'appliquer la convention collective risque d'inverser les statuts : une majorité de salariés temporaires et une minorité de salariés réguliers qui constitueraient en quelque sorte « une race en voie d'extinction » : *Thetford-Mines (Ville de) et Syndicat des employés municipaux de la Région de Thetford-Mines Inc.*, (2000) R.D.J.T. 1889; D.T.E. 2000T-989 (T.A.) – désistement de la requête en révision judiciaire.

« (...) de nombreuses conditions de travail fort importantes pour une employée offrant des services temporaires seront complètement exclues d'une telle convention collective. Mentionnons, notamment, l'évaluation et les affectations futures, la formation, les ententes relatives aux congés entre les affectations et les conséquences de l'inaptitude à s'acquitter des fonctions demandées par le client. Comme je l'ai dit, on n'a jamais voulu que ces employés fassent partie de l'unité de négociation visant les employés de la Ville. En fait, un grand nombre de ces conditions ont leurs effets les plus importants lorsque se trouve suspendue l'obligation de l'employé de s'acquitter de son travail. Ceci constitue une autre indication, d'une part, de la protection limitée qu'offre à une employée d'agence la convention collective qui lie le client de l'agence et ses employés permanents et, d'autre part, de l'anomalie du résultat auquel est arrivé le Tribunal du travail ». <sup>305</sup>

Enfin, rien dans le cadre législatif actuel ne prohibe la négociation de clauses excluant les employés temporaires du cumul d'ancienneté ou de la procédure d'arbitrage de griefs <sup>306</sup> ou conférant priorité aux salariés réguliers à temps plein sur les salariés à temps partiel ou occasionnels, peu importe la durée véritable de leur lien d'emploi, pour déterminer l'ordre des mises à pied pour manque de travail ou l'attribution du temps supplémentaire. <sup>307</sup>

---

305. *Ville de Pointe-Claire c. Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau, section locale 57*, précitée, paragr. 138.

306. Voir par exemple : *Bombardier Inc., Canadair c. Association internationale des machinistes et des travailleurs de l'Aérospatiale (AIMTA), Loge d'avionnerie de Montréal*, no. 712, (2000) R.J.D.T. 702; D.T.E. 2000T-359 (T.A.).

307. Voir des exemples tirés de la jurisprudence arbitrale dans : Guylaine Vallée, « Pluralité des statuts de travail et protection des droits de la personne: quel rôle pour le droit du travail? », (1999) 54 *Relations industrielles* 277, pages 300-303.

Ces clauses instaurant une différenciation dans le traitement des salariés en fonction de leur situation de travail ne sont pas d'apparition récente.<sup>308</sup> Elles ont été élaborées dans un contexte où les situations de travail non traditionnelles étaient marginales, qu'elles ne concernaient qu'une petite proportion des salariés assujettis à la convention collective et qu'elles ne constituaient qu'un passage dans la carrière d'un individu dans l'attente d'un poste régulier à temps plein. Les exclusions qu'elles instaurent à l'égard de ces salariés pouvaient en ce sens être perçues comme étant temporaires, ce qui est loin d'être le cas pour plusieurs salariés vivant aujourd'hui une situation de travail non traditionnelle. Malgré ce changement de contexte, ces clauses peuvent toujours être négociées.

Des interventions législatives ont certes tenté au cours des dernières années de baliser la négociation de certaines clauses qui avaient aussi pour effet de produire des disparités de traitement. Rappelons que la *Loi sur les normes du travail* prohibe les clauses établissant une disparité de traitement entre les salariés en fonction de leur date d'embauche,<sup>309</sup> mais il s'agit du seul facteur de distinction prohibé. La *Loi sur les normes du travail* impose aussi à l'employeur de ne pas accorder à un salarié un taux de salaire,<sup>310</sup> un congé annuel ou une indemnité de congé moindres<sup>311</sup> aux salariés à temps partiel. Le contenu des conventions collectives est aussi visé par cette interdiction. Rappelons toutefois que seuls certains travailleurs à temps partiel sont visés par cette règle tendant à l'égalité de traitement, et encore, pour un éventail limité d'avantages.

---

308. Les clauses instaurant une différenciation dans le traitement des salariés en fonction de leur statut d'emploi ne sont pas d'apparition récente dans les conventions collective. Voir à ce sujet: Michel Brossard et Marcel Simard, *Les statuts de travail. Une analyse socio-institutionnelle de la population active québécoise*, Gouvernement du Québec, Commissions consultative sur le travail, 1986, pp. 75 et s.

309. L.n.t., art. 87.1 à 87.3.

310. *Id.*, art. 41.1

311. *Id.*, art. 74.1

## 2- La Loi sur les décrets de convention collective

La *Loi sur les décrets de convention collective* permet au gouvernement d'étendre par décret les conditions de travail négociées dans une convention collective à tous les salariés des autres entreprises d'un même secteur, qu'ils soient syndiqués ou non.<sup>312</sup> La gestion et la surveillance de l'observation du décret relève d'un comité paritaire formé de représentants patronaux et syndicaux du secteur.<sup>313</sup> Nous avons vu au chapitre 2 qu'il ne s'agit pas au sens strict d'une « loi de négociation »<sup>314</sup> mais l'existence de rapports collectifs est une condition nécessaire pour définir les conditions de travail qui seront étendues à tout un secteur.

Les articles 9 à 9.2 de la loi précisent le contenu possible d'un décret. Les décrets établissent les conditions de travail minimales propres au secteur.<sup>315</sup> La plupart définissent les conditions de travail relatives aux salaires, à la durée de la semaine normale de travail, aux jours fériés, à la durée du congé annuel, à la période de repas et aux congés pour événements familiaux. Ils peuvent aussi contenir des dispositions sur la participation du comité paritaire au développement de politiques sectorielles en matière de formation de la main-d'œuvre et de stratégies industrielles.<sup>316</sup> Il peuvent enfin prévoir des bénéfices en matière de sécurité sociale ou un fonds en matière de congés payés, la loi attribuant alors au comité paritaire le pouvoir de percevoir les contributions requises, de vérifier les conditions faisant en sorte que les bénéfices sont payables et de payer ces bénéfices.<sup>317</sup>

---

312. L.d.c.c., art. 2.

313. *Id.*, art. 16 et 17.

314. R.P. Gagnon, L. LeBel et P. Verge, *op. cit.*, p. 552.

315. L.d.c.c., art. 11 et 13.

316. *Id.*, art. 9.

317. *Id.*, art. 22, paragr. m.

Plusieurs des conditions de travail prévues dans les décrets correspondent à la nature – et parfois même au niveau – des avantages que la *Loi sur les normes du travail* garantit à l'ensemble des salariés, ce qui peut à première vue justifier le peu d'intérêt qu'ils suscitent comme mécanisme de protection des travailleurs en situation de travail non traditionnelle. La *Loi sur les décrets de convention collective* offre cependant la possibilité d'établir des régimes de sécurité sociale et de congés payés sur une base sectorielle,<sup>318</sup> ce que ni la *Loi sur les normes du travail* et ni le *Code du travail* ne permettent de faire. Toutefois, le niveau des normes garanties est généralement inférieur au contenu habituel des conventions collectives au sens du *Code du travail*.

La question de la détermination de l'employeur d'un salarié provenant d'une agence de placement temporaire et exécutant un travail visé par le champ d'application d'un décret a aussi été soulevée en vertu de la *Loi sur les décrets de convention collective*. C'est l'agence de placement temporaire qui a été considérée comme l'employeur et c'est à elle qu'il revenait de soumettre le rapport mensuel exigé par le comité paritaire en vertu des pouvoirs qui lui sont conférés par la loi.<sup>319</sup> La provenance de la rémunération et

---

318. Par exemple, le *Décret sur l'installation d'équipement pétrolier* (R.R.Q., 1981, c. D.2, r. 33) prévoit l'établissement d'un fonds d'avantages sociaux administré par le Comité paritaire de l'installation de l'équipement pétrolier du Québec et financé par des contributions des employeurs et des salariés par retenue à la source (art. 11.01 et s.). Il prévoit aussi un régime de retraite financé par des contributions des employeurs et des salariés (art. 11.08). Voir aussi les fonds de sécurité sociale et le régime de retraite du *Décret sur l'industrie de la menuiserie métallique de la région de Montréal* (R.R.Q., 1981, c. D.2, r. 35, art. 14) et le régime d'assurance collective réservé aux salariés à temps plein du *Décret sur l'enlèvement des déchets solides de la région de Montréal* (R.R.Q., c. D.2, r. 29, art. 7). Le *Décret sur l'industrie de la confection pour dames* (R.R.Q., c. D.2, r. 26), maintenant abrogé, prévoyait un fonds de congé annuel géré par le Comité paritaire du vêtement pour dames.

319. *Eastar Ltée c. Comité paritaire du camionnage de la région de Montréal*, (1986) R.J.Q. 504; D.T.E. 86T-115 (C.S.) - appel rejeté. Voir aussi: *Comité paritaire du camionnage de la région de Montréal c. Agence de personnel Ontario-Québec Ltée*, D.T.E. 93T-1168 (C.Q.), où l'agence de personnel est considérée comme l'employeur professionnel aux fins du prélèvement dû au comité paritaire. L'agence et l'entreprise-cliente sont toutefois solidairement responsables des autres sommes dues (salaire, contribution aux régimes de rentes et d'assurance collective) en vertu de l'article 14 de la loi qui établit, comme le fait l'article 95 de la *Loi sur les normes du travail*, le principe de la solidarité entre un employeur et un sous-entrepreneur ou sous-traitant en ce qui concerne les obligations pécuniaires découlant de la loi.

l'existence d'un lien de subordination juridique expliqueraient cette solution qui contraste avec celle retenue dans les autres lois du travail.<sup>320</sup>

### **C) Les régimes de protection du revenu**

Nous examinerons le niveau de protection du revenu des salariés en situation de travail non traditionnelle lorsque se réalisent certains « risques » affectant leur capacité de gains : les lésions professionnelles, la retraite et le chômage.

#### *1- La Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*

Rappelons que l'objet de *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles* est d'assurer la réparation des lésions professionnelles et des conséquences qu'elles entraînent pour les travailleurs qui en sont victimes. Il s'agit de l'une des principales lois de protection sociale des travailleurs québécois. Contrairement aux autres lois étudiées jusqu'à maintenant, la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles* comporte plusieurs dispositions législatives traitant spécifiquement de situations non traditionnelles de travail salarié.

Ainsi en est-il des règles de calcul du revenu brut servant à déterminer l'indemnité de remplacement du revenu (ou d'autres types d'indemnités le cas échéant) à laquelle un salarié a droit lorsqu'il subit une lésion professionnelle (a). Par ailleurs, comme les autres lois, la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles* n'est pas adaptée à la situation des travailleurs des agences de placement temporaire (b).

---

320. Jean-Louis Dubé, *Décrets et comités paritaires. L'extension juridique des conventions collectives*, Sherbrooke, Les Éditions Revue de Droit Université de Sherbrooke, 1990, p. 23-25.

#### a. Détermination de l'indemnité de remplacement du revenu

Deux conditions font naître le droit à une indemnité de remplacement du revenu : le travailleur a subi une lésion professionnelle et il devient incapable d'exercer son emploi. Le travailleur qui est sans emploi lorsque se manifeste sa lésion a aussi droit à une indemnité s'il devient incapable d'exercer l'emploi qu'il occupait habituellement.<sup>321</sup> En ce qui concerne le droit à l'indemnité, nulle distinction n'est donc faite entre les travailleurs suivant leur situation d'emploi, même s'il peut être plus difficile de faire la preuve d'une lésion professionnelle pour un salarié qui travaille à domicile.<sup>322</sup> Par ailleurs le travailleur qui est sans emploi lorsque se manifeste la lésion, par exemple un travailleur dont le contrat à durée déterminée vient de prendre fin, pourra avoir droit à une indemnité de remplacement du revenu s'il devient incapable d'exercer l'emploi qu'il occupe habituellement. Bref, le droit à une indemnité n'est pas conditionnel au fait que le travailleur détienne un emploi au moment où se manifeste la lésion, ce qui correspond à la situation de travailleurs dont la prestation de travail n'est pas continue.

Le montant de l'indemnité de remplacement du revenu versée à un travailleur victime d'une lésion professionnelle correspond à 90 % du revenu net retenu que le travailleur tire annuellement de son emploi.<sup>323</sup>

Au cours des premiers 14 jours d'absence, cette indemnité est payable par l'employeur et établie sur la base du salaire net quotidien.<sup>324</sup> Le travailleur victime a droit à une

---

321. L.a.t.m.p., art. 44.

322. Katherine Lippel, *La notion de lésion professionnelle*, 4<sup>ème</sup> édition, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 89. La présomption de lésion professionnelle établie à l'article 28 de la loi s'applique au travail à domicile : Katherine Lippel, « Les présomptions relatives au caractère professionnel des lésions : interprétation et application », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la santé et sécurité au travail*, vol. 148, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 24. Il est plus difficile de montrer le lien entre la lésion et le travail quand il est effectué à la maison (L. Desrochers, *op. cit.*, p. 184). Il s'agit donc d'un problème de preuve et de contestation de l'existence même de la lésion.

323. L.a.t.m.p., art. 45. Ce revenu net retenu correspond au revenu brut duquel sont soustraites les déductions tenant à l'impôt, à l'assurance-emploi et à la cotisation payable en vertu de la *Loi sur le régime des rentes du Québec* (L.a.t.m.p., art. 62 et 63).

324. *Id.*, art. 59 à 62.

indemnité équivalent à 90 % du salaire net « pour chaque jour ou partie de jour où ce travailleur aurait normalement travaillé, n'eût été de son incapacité, pendant les 14 jours complets suivant le début de cette incapacité ». <sup>325</sup> Pour les travailleurs dont la prestation de travail est irrégulière – travailleur sur appel par exemple – ou encore dont les heures de travail sont incontrôlables – pensons à des travailleurs à domicile ou à commission –, il peut être difficile de déterminer les heures qui auraient été normalement travaillées. <sup>326</sup> Par ailleurs, lors de cumul d'emplois, l'obligation de l'employeur de verser au travailleur 90 % de son salaire net ne vaut que pour les jours où il aurait normalement travaillé pour lui et non pour les jours où il aurait normalement travaillé pour l'autre employeur. La CSST a alors estimé qu'elle devait prendre en charge l'indemnité venant compenser la perte de revenu chez le deuxième employeur. <sup>327</sup>

Pour les jours d'absence suivant ces quatorze premiers jours, l'indemnité est établie sur une base de calcul annuelle. <sup>328</sup> Le revenu brut à partir duquel est calculé le revenu net retenu est celui qui est déterminé dans le contrat de travail, <sup>329</sup> auxquels peuvent s'ajouter différents bonis, primes et gratifications. Le revenu annuel brut considéré ne peut être

---

325. *Id.*, art. 60.

326. Philippe Bouvier, « L'indemnisation des travailleurs : la base salariale et ses modalités », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la santé et sécurité au travail*, vol. 148, précité, p. 81; Bernard Cliche et Martine Gravel, *Les accidents du travail et les maladies professionnelles : indemnisation et financement*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 377 et s. Voir : *Domtar c. Québec (C.A.L.P.)*, (1993) 2 R.C.S. 756; (1993) C.A.L.P. 613; D.T.E. 93T-776 (C.S.C.), où la Cour suprême a considéré que la décision de la C.A.L.P. - à l'effet que l'employeur devait verser l'indemnité pour les jours où il aurait normalement travaillé n'eût été de son incapacité couvrait l'ensemble de la période de 14 jours, sans égard à la fermeture temporaire de l'usine pendant cette période - n'est pas déraisonnable. L'employeur ne peut tenir compte de facteurs extrinsèques comme une mise à pied, une grève ou un congé. Toutefois, un travailleur sur appel qui n'aurait pas normalement travaillé pendant cette période n'a droit à aucune indemnité de revenu : *Laganière c. C.A.L.P.*, (1995) C.A.L.P. 449 (C.S.); D.T.E. 95T-317 (C.S.). Le fait d'être un travailleur occasionnel, à temps partiel ou sur appel n'est pas un facteur extrinsèque et l'employeur peut donc en tenir compte pour réduire la période couverte par l'indemnité. Michel Sansfaçon, *L'indemnisation des victimes d'accidents du travail et des maladies professionnelles. Aspects juridiques en droit québécois*, 2<sup>ème</sup> édition, Montréal, Wilson et Lafleur, 2000, pp. 215-216.

327. *Centre hospitalier Jacques-Viger c. Normandeau*, (2001) C.L.P. 742; 2001LP-174.

328. L.a.t.m.p., art. 63.

329. *Id.*, art. 67.

inférieur à celui qu'aurait obtenu un salarié effectuant une semaine normale de travail rémunérée au taux de salaire minimum, ni supérieur à un maximum annuel assurable.<sup>330</sup>

Ce mode de calcul est bien adapté à la situation d'un travailleur disposant d'un contrat à durée indéterminée, dont la prestation de travail est continue et régulière, pour lequel il est facile d'établir le revenu brut annuel. La personne qui travaille à temps partiel dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée sur une base régulière et continue est aussi bien servie par ce mode de calcul dans la mesure où le revenu brut annuel d'emploi qui sera considéré ne pourra être inférieur à un minimum annuel établi en référence au taux de salaire minimum pour une semaine normale de travail.<sup>331</sup> La loi prévoit un mode de calcul applicable aux travailleurs saisonniers ou sur appel :<sup>332</sup> le revenu brut considéré est alors basé sur celui d'un travailleur de même catégorie occupant un emploi semblable dans la même région. Une règle équivalente prévaut pour les travailleurs autonomes considérées comme des travailleurs au sens de l'article 9 de la loi.<sup>333</sup>

La situation de travailleurs à contrat à durée déterminée fait toutefois l'objet d'une controverse jurisprudentielle et doctrinale.<sup>334</sup> La loi ne prévoit pas de mode de calcul approprié aux travailleurs dans cette situation et la règle générale établie à l'article 67 est l'objet de deux courants d'interprétation contradictoires. Pour un courant dominant, le revenu brut prévu au contrat à durée déterminée des travailleurs doit être annualisé, puisque l'article 67 de la loi ne fait aucune distinction entre le contrat à durée indéterminée et le contrat à durée déterminée. L'autre courant d'interprétation considère

---

330. *Id.*, art. 65 et 66.

331. Ce mode de calcul permet de compenser la capacité de gain d'un travailleur à temps partiel plutôt que sa perte réelle : *The Gazette c. Rosenblatt-Lazarus*, (1997) C.A.L.P. 669; D.T.E. 97T-689. Cette approche ne fait toutefois pas l'unanimité : *Restaurants McDonald du Canada ltée c. Demosthènes*, (1998) C.L.P. 409 – requête en révision rejetée et requête en irrecevabilité rejetées : *C.S.S.T. c. Restaurants McDonald du Canada ltée*, (1998) C.L.P. 1318; Michel Sansfaçon, *op.cit.*, p. 201.

332. L.a.t.m.p., art. 68.

333. *Id.*, art. 72.

334. L. Desrochers, *op.cit.*, p. 143; Christian Genest, « La détermination du revenu brut d'un travailleur victime d'une lésion professionnelle », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la santé et sécurité au travail (1998)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 192-194.

que le revenu brut prévu au contrat à durée déterminée ne doit pas être annualisé dans la mesure où il importe plutôt de considérer le revenu réel du travailleur au cours des 12 mois précédant la lésion professionnelle. Pour les tenants de ce dernier courant, la période de douze mois est une période de référence à l'intérieur de laquelle s'apprécie les revenus réels d'un travailleur. Derrière ces deux courants d'interprétation se profilent deux visions différentes de la finalité de l'indemnité de remplacement du revenu. Pour les tenants de la première thèse, l'indemnité doit tenter de compenser la perte de la capacité de gains que subit un salarié dont la situation de travail est irrégulière.<sup>335</sup> Pour les tenants de la seconde thèse, l'indemnité doit compenser la perte des revenus réels tels qu'ils peuvent découler des revenus annuels d'une personne dans les douze mois précédant le jour où il a subi sa lésion.<sup>336</sup>

Même si, dans l'affaire *Héroux c. Groupe Forage Major*,<sup>337</sup> la Cour d'appel a estimé qu'il était déraisonnable d'annualiser le revenu d'un travailleur qui, conformément à la pratique de cette industrie, avait un contrat de courte durée prévoyant un horaire de 12 heures par jour, 7 jours par semaine, elle n'en approuve pas pour autant totalement la deuxième thèse :

« J'accepte le principe mis de l'avant par le commissaire suivant lequel l'indemnité est destinée à compenser la perte de gains futurs et l'incapacité à exercer un emploi. Une interprétation favorable au travailleur doit prévaloir. Il faut toutefois tenir compte du fait que le législateur a retenu le concept de revenu annuel qui correspond normalement à une donnée trouvant une corrélation dans la réalité.

---

335. L. Desrochers, *op. cit.*

336. C. Genest, *op. cit.*

337. (2001) C.L.P. 317; D.T.E. 2001-866 (C.A.) - requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada.

Par contraste, le résultat de l'opération mathématique retenue par le commissaire n'a rien de commun avec la réalité. En l'espèce, elle donnerait même lieu à une indemnité qui serait près du double du salaire normalement gagné par un travailleur exécutant les anciennes fonctions de l'appelant.

Il serait impensable pour un travailleur de travailler 12 heures par jour 365 jours par année et inhumain pour un employeur d'imposer de telles conditions. L'approche est irréaliste, irrationnelle et ne prend pas appui sur le texte de l'article 67. Cet article commande une évaluation qui tient compte des caractéristiques particulières de l'emploi du travailleur. Cet article ne laisse pas place à une application aveugle d'une méthode qui peut ne pas être manifestement déraisonnable dans certains contrats mais qui ne peut certes pas être extrapolée à un contrat à durée déterminée comme celui en l'espèce ». <sup>338</sup>

Enfin, la loi prévoit la base de calcul applicable à un travailleur qui cumule plusieurs emplois. <sup>339</sup> le revenu brut considéré serait alors « celui qu'il tirerait de l'emploi le plus rémunérateur qu'il devient incapable d'exercer comme s'il exerçait cet emploi à temps plein ». Ainsi, une blessure chez un employeur peut entraîner une indemnité de remplacement du revenu basée sur le revenu obtenu chez un second employeur, puisque le revenu brut considéré est basé sur l'emploi le plus rémunérateur comme s'il était exercé à temps plein.

Toutefois, certaines décisions s'écartent de cette règle en se fondant sur l'article 75 de la loi qui permet d'utiliser une autre manière de déterminer le revenu brut « si cela peut être

---

338. *Id.*, p. 320.

339. L.a.t.m.p., art. 71.

plus équitable en raison de la nature particulière du travail de ce travailleur ». <sup>340</sup> Par ailleurs, cette règle spécifique au cumul d'emplois ne s'applique pas au travailleur que la lésion rend incapable d'occuper un seul de ses emplois, son revenu brut considéré étant alors celui de l'emploi qu'il devient incapable d'exercer : la règle du revenu minimum d'emploi ne s'applique pas. <sup>341</sup> L'exercice du droit de retour au travail est aussi limité dans un situation de cumul d'emplois, la réintégration ne s'imposant que chez l'employeur où est survenue la lésion, et non chez l'autre.

L'existence de différentes situations de travail salarié intervient donc de manière importante dans la détermination de l'indemnité de remplacement du revenu : un auteur a même écrit que « c'est le statut de salarié qui déterminera la base de calcul de l'indemnité de remplacement du revenu à laquelle il a droit ». <sup>342</sup> Il s'agit d'une question complexe pour laquelle la doctrine consultée souhaite une intervention du législateur. Toute la question est de savoir quelle est la finalité de l'indemnité de remplacement du revenu : s'agit-il d'une indemnité visant à compenser la perte de capacité de gain ou d'une indemnité visant à remplacer le salaire perdu du fait de la lésion professionnelle en se basant sur la rémunération antérieure? Il s'agit de deux manières différentes de déterminer les revenus qu'aurait touché un travailleur, n'eût été de sa lésion.

---

340. L.a.t.m.p., art. 75. C'est le cas lorsqu'un salarié cumule deux emplois à temps partiel (ou un travail à temps plein et un travail à temps partiel) et travaille ainsi un grand nombre d'heures de travail. Son revenu annuel brut véritable est plus élevé que celui qui résulterait de l'application de l'article 71 : *Lenden c. Centre de jeunesse de Laval*, (2001) C.L.P. 8; 2001LP-9; *Desgranges c. Centre de réadaptation Gabrielle Major*, (2001) C.L.P. 56; 2001LP-10. *Contra* : *Laplante c. Centre hospitalier Robert Giffard*, (2001) C.L.P. 40; 2001LP-11.

341. *Id.*, art. 71, al. 2. Cette règle de cumul peut aussi venir interférer avec les autres règles prévues en matière d'indemnisation. Prenons l'exemple d'un travailleur à temps partiel : s'il n'occupe qu'un seul emploi, la règle générale de l'article 67 s'appliquera et il sera protégé par le règle du minimum annuel; cette règle ne s'appliquera pas au travailleur qui cumule deux emplois à temps partiel dans le cadre de deux contrats à durée indéterminée s'il est capable de continuer d'occuper l'un des deux emplois

342. C. Genest, *op.cit.*, p. 185.

b. Les salariés provenant d'agences de placement temporaire

Le recours aux agences de placement temporaire soulève aussi le problème de l'identification de l'employeur aux fins de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*. La loi comporte une disposition qui, à première vue, semble répondre à cette difficulté. L'article 5 de la loi stipule en effet :

« 5. L'employeur qui loue ou prête les services d'un travailleur à son emploi demeure l'employeur de ce travailleur aux fins de la présente loi ».

Cet article ne vise toutefois que les situations où un travailleur est déjà au service d'un employeur qui loue ou prête ses services à autrui. Il ne permet pas de déterminer qui doit être considéré comme l'employeur dans des situations où son identification est problématique, comme lorsqu'un travailleur est affecté par une agence de placement temporaire à des missions exécutées dans une entreprise-cliente. Il faut d'abord déterminer s'il existe entre le travailleur et l'agence un lien de subordination qui confère à l'agence le statut d'employeur, auquel cas l'article 5 s'appliquera.<sup>343</sup> Bref, la démarche pour la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles* comme pour les autres lois consiste à interpréter la définition de la notion d'employeur au sens de la loi.

L'approche retenue est la même que celle développée dans le contexte du droit des rapports collectifs du travail. La décision *Maisons Quebeco Inc.* et *C.S.S.T.* apporte un éclairage intéressant à cet égard. Appliquant les critères développés en vertu des autres lois du travail, le commissaire conclut :

---

343. *La location de personne, la problématique du travailleur autonome, la problématique de l'administrateur et du dirigeant*, précité, p. 11-14.

« La Commission d'appel constate que Quebco (l'entreprise-cliente) est responsable des employés référés par les services administratifs Nora Ltée (l'agence de placement temporaire) puisque c'est celui-ci qui voit à l'exécution du travail, qui a un contrôle sur les employés, pouvant les licencier, les retourner, les déclarer incompetents ou décider de les garder. C'est aussi Quebco qui va déterminer quel salaire sera versé aux employés et c'est lui qui désigne l'endroit où les travailleurs vont exécuter leurs fonctions.

De plus, les services administratifs Nora Ltée ont indiqué qu'ils ne faisaient aucune formation au niveau des employés et que le service qu'ils offrent à Quebco est celui de la gestion des dossiers du personnel, en s'acquittant auprès des différents organismes des remboursements, des cotisations et des contributions, en s'occupant de remplir les formulaires d'embauche et de congédiement. Il s'agit donc d'un service administratif que les services administratifs Nora Ltée exécutent pour l'entreprise, mais, le véritable employeur de ces travailleurs est Quebco. En effet, la Commission d'appel constate que plusieurs employés viennent de façon régulière et récurrente exécuter leurs fonctions auprès de l'employeur ».<sup>344</sup>

---

344. (1995) C.A.L.P. 1607; D.T.E. 96T-5 (C.A.L.P.) - requête en évocation, règlement hors cours.

La tendance semble donc être d'utiliser l'approche développée dans le contexte des rapports collectifs du travail.<sup>345</sup> Elle conduit à désigner l'entreprise-cliente comme le véritable employeur des travailleurs provenant d'agences de placement temporaire,<sup>346</sup> ce qui va à l'encontre de la décision prise dans l'affaire Cavalier, où l'employeur identifié était l'agence, le commissaire ayant refusé d'appliquer les critères établis dans le contexte des rapports collectifs du travail.<sup>347</sup>

Ces décisions ont été rendues dans un contexte où il s'agissait de déterminer s'il fallait inclure les salariés provenant de l'agence dans la masse salariale de l'entreprise-cliente ou de l'agence aux fins de détermination de leur cotisation. L'identification de l'employeur soulève des problèmes déjà étudiés ailleurs en matière de tarification, de perception des cotisations, d'imputation du coût des prestations et des difficultés administratives.<sup>348</sup> Mais elle a aussi des incidences sur le niveau de protection que la loi confère aux travailleurs provenant d'agences de placement temporaire. De l'identification de l'employeur dépend en effet le mode de calcul de l'indemnité de remplacement du

---

345. « En résumé, nous sommes d'avis que l'application des différents critères retenus par le Tribunal du travail quant à l'identification du véritable employeur lorsqu'en présence d'une relation tripartite impliquant une entreprise de location et de placement de main-d'œuvre doit se faire en respectant les particularités du régime d'indemnisation des lésions professionnelles prévu à la LATMP. Nous estimons que la Commission d'appel était cependant justifiée de s'inspirer des critères ainsi développés par le Tribunal du travail puisque ces critères peuvent être considérés comme caractérisant, de façon générale, toute relation employeur-travailleur et ce, peu importe le contexte législatif applicable. Une agence de location de personnel pourra être identifiée comme véritable employeur d'un travailleur victime d'une lésion professionnelle dans la mesure où certains éléments caractérisant la relation employeur-travailleur sont présents. Par exemple, lorsque c'est l'agence de location de personnel qui rémunère le travailleur et supervise l'exécution de son travail, les instances spécialisées pourront être justifiées de qualifier cette agence de véritable employeur, au sens de la LATMP ». B. Cliche et M. Gravel, *op. cit.*, p. 53.

346. Dans le même sens, voir: *Service de personnel Antoine inc. c. C.S.S.T.*, (1999) R.J.Q. 2381 (C.S.); D.T.E. 99T-778 (C.S.)- inscription en appel; *Groupe Techni-fond inc. c. Commission de la santé et de la sécurité du travail*, (1996) B.R.P. 322; D.T.E. 96T-1133 (B.R.P.); *Aluminium Astral inc. c. Commission de la santé et de la sécurité du travail*, (1996) B.R.P. 318; D.T.E. 96T-1134 (B.R.P.); *Cambior inc. c. Commission de la santé et de la sécurité du travail*, (1995) B.R.P. 785; D.T.E. 96T-665 – désistement d'appel, C.A.L.P.

347. *Zellers c. Agence de personnel Cavalier Inc.*, (1994) C.A.L.P. 719; D.T.E. 94T-550 (C.A.L.P.); Andrée Gosselin, « L'affaire Cavalier: les agences de location de personnel et la détermination du véritable employeur », dans *Service de la formation permanente, Barreau du Québec, Développements récents en droit de la santé et sécurité au travail (1994)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994, p. 99.

348. *La location de personne, la problématique du travailleur autonome, la problématique de l'administrateur et du dirigeant*, précité, p. 20-29.

revenu qui sera retenu s'ils sont victimes d'une lésion professionnelle.<sup>349</sup> L'identification de l'employeur est aussi le préalable permettant au travailleur dans une telle situation de savoir auprès de qui il pourra exercer le droit de retour au travail que lui confère l'article 236 de la loi : auprès de l'entreprise dans laquelle il a été affecté ou auprès de l'agence de placement temporaire?

## 2- Les lois régissant la détermination des revenus à la retraite

Le régime applicable à la retraite se divise en trois paliers. Le premier palier découle du *Programme de la sécurité de la vieillesse* administré par le gouvernement fédéral; en vertu de ce programme, toutes les personnes ayant atteint l'âge de 65 ans et ayant vécu au Canada pendant au moins 10 ans depuis l'âge de 18 ans ont accès à une pension de la sécurité de la vieillesse, sans égard à leur revenu d'emploi.<sup>350</sup> Le deuxième palier est constitué au Québec par la *Loi sur le régime de rentes du Québec*. Le droit aux différentes prestations découle de la participation au régime par le versement de cotisations prélevées sur toute rémunération reliée à l'exécution d'un travail. Enfin, le troisième palier est constitué de régimes privés de retraite et de l'épargne personnelle; il peut notamment prendre la forme de régimes complémentaires de retraite encadrés au Québec par une loi spécifique.

Les spécialistes estiment que ces trois paliers sont complémentaires pour garantir à une personne retraitée une rente correspondant à 70 % du revenu annuel brut moyen de ses trois dernières années de travail, proportion jugée suffisante pour que soit maintenu son niveau de vie à la retraite. C'est donc par l'analyse de l'accès à chacun de ces «paliers» que l'on peut tenter d'anticiper le niveau de protection des salariés en situation de travail non traditionnelle eu égard à la retraite. Le premier palier ne pose pas de problèmes particuliers, puisque la pension de sécurité de vieillesse et, dans certains cas le revenu

---

349. Si l'agence de placement temporaire est retenue comme employeur, la situation peut être régie par l'article 68 (travailleur sur appel), alors que si l'entreprise utilisatrice est retenue comme l'employeur, les règles applicables pourront plutôt dépendre des articles 67 (contrat à durée déterminée) et 71 (cumul d'emploi).

350. *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, L.R.C. 1985, c. O-9 (sous réserve des règles fiscales).

minimum garanti, sont des régimes universels, sans égard au fait d'avoir touché des revenus d'emplois. Ce n'est pas le cas des autres paliers, qu'il convient d'examiner séparément.

a. *La Loi sur le régime de rentes du Québec*

Le Régime de rentes du Québec est un régime à *cotisation universelle* pour tous les travailleurs québécois âgés d'au moins 18 ans, qu'ils soient salariés ou travailleurs autonomes.<sup>351</sup> Tout travail au Québec, qu'il soit exécuté en vertu d'un contrat de travail, à titre de travail autonome, ou en vertu d'une «charge» (député, membre du c.a. d'une personne morale) est visé par la loi. Toute personne touchant une rémunération découlant de ce travail cotise au régime.

Ce n'est qu'indirectement que les salariés en situation de travail non traditionnelle, tout comme les travailleurs autonomes aussi couverts par la loi, verront leur niveau de protection affecté par leur situation de travail. En effet, le régime ne pose aucun problème d'application pour un employé sous contrat à durée déterminée, à temps partiel, occasionnel ou sur appel.<sup>352</sup> La personne qui cumule plus d'un emploi n'est pas pénalisée, puisque le calcul des cotisations se fait sur la base des revenus d'emploi d'une personne, et qu'il y a un maximum des gains admissibles. Le travailleur à domicile ne souffre pas de problème d'application du régime, le seul enjeu pour lui étant de voir s'il est ou non considéré comme un travailleur autonome. S'ajoute, pour les travailleurs

---

351. L.r.r.Q., art. 2.

352. La Cour d'appel a par exemple conclu au statut de salarié d'un juge à temps partiel d'une Cour municipale Québec, sans que le temps partiel n'ait d'incidence : *Québec (Sous-ministre du revenu) c. Trudel*, C.A., 200-09-002789-995, 29 novembre 2001, juges Beaugard, Beaudoin et Rochette. Une décision en apparence différente, concluant au statut de non-salarié des juges du Tribunal administratif du Québec, a été rendue en droit du travail. Cette différence s'explique toutefois par l'inclusion de la notion de «charge» dans la définition de salarié au sens de la L.r.r.Q. Ainsi, selon la Cour d'appel, tout travail au Québec est visé par la L.r.r.Q. et il y a deux façons de fournir ce travail : être salarié ou travailleur autonome. Comme la notion de salarié, en plus de la personne qui exécute un travail en vertu d'un contrat de travail, inclut le particulier qui occupe une charge, c'est-à-dire un poste lui donnant droit à une rémunération, la cour a conclu au statut de salarié de ce juge. Elle a ainsi interprété de façon non limitative l'énumération des charges décrites à l'article 1 de la L.r.r.Q., tout en rejetant des arguments fondés sur le lieu d'exécution du travail, le mode de rémunération ou le double emploi (juge/avocat) des juges à temps partiel : *Québec (Procureure générale) c. Monette*, C.S., 500-05-062190-002, 13 décembre 2001, juge Fraiberg.

d'agence de placement temporaire, le problème de l'identification de l'employeur pour le paiement des charges sociales, comme dans le cas de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*.

Le niveau de protection de ces personnes est toutefois affecté dans la mesure où ces situations de travail ne génèrent pas pour plusieurs personnes un niveau de revenu suffisant pour cotiser au régime ou pour satisfaire les conditions pour bénéficier des prestations prévues par le régime. Sachant que le montant de la rente versée par la Régie des rentes du Québec est calculé notamment suivant les revenus de travail qui ont donné lieu au versement des cotisations, on peut anticiper que la rente de retraite ne sera pas toujours d'un niveau satisfaisant.

b. *La Loi sur les régimes complémentaires de retraite*<sup>353</sup>

La *Loi sur les régimes complémentaires de retraite* fait partie du troisième palier constitutif des protections applicables à la retraite. Il s'agit d'une loi cadre s'appliquant, on l'a vu, à la majorité des régimes de retraite auxquels les travailleurs québécois cotisent. Les normes qu'elle prévoit sont des normes minimales. Les amendements qui lui ont été apportés en 2001<sup>354</sup> témoignent d'un souci d'adapter les mécanismes de la loi à la situation de travail non traditionnelle de certains participants. Cela a conduit, avons-nous vu au chapitre 2, à amender les conditions d'adhésion à un régime. Les amendements ont aussi porté sur l'acquisition des droits.

La participation d'un travailleur à un régime complémentaire de retraite cesse lorsque se termine sa période de travail continu,<sup>355</sup> celle-ci étant définie comme « celle durant laquelle il exécute un travail pour son employeur, sans égard aux périodes d'interruption temporaire ni aux périodes d'invalidité pendant lesquelles le participant continue

---

353. Précitée.

354. *Loi modifiant la Loi sur les régimes complémentaires de retraite et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 2000, c. 41 (ci-après citée : « Loi modificative »).

355. L.r.c.r., art. 36.

d'accumuler des droits ». <sup>356</sup> Cette période de travail continu n'est pas interrompue par un changement d'employeur, ni par le fait qu'une personne travaille pour des employeurs parties à un même régime inter entreprise. La loi précise que la « mise à pied avec droit de rappel d'un travailleur ne peut (...) être considérée comme une période d'interruption temporaire au delà de 24 mois consécutifs, à moins que le régime ne le permette et que le travailleur n'y consente ». <sup>357</sup> Le régime peut toutefois prévoir qu'un travailleur demeure actif pour une période donnée après la fin de sa période de travail continu, mais celle-ci ne peut excéder 24 mois. <sup>358</sup>

Avant 2000, le niveau de protection dont bénéficiait le travailleur dont la participation au régime prenait ainsi fin variait suivant son nombre d'années de participation au régime. Un travailleur qui avait cotisé au régime pendant au moins deux ans avait acquis le droit à une rente différée; il pouvait, suivant les règles applicables, demander le transfert des sommes ou encore les conserver dans ce régime en vue d'une rente à l'âge de la retraite. S'il n'avait pas accumulé ce minimum de deux années de participation, il n'avait droit qu'au remboursement de ses cotisations avec intérêt. Cette règle, couplée à la courte durée des emplois de plusieurs travailleurs occasionnels ou sous contrats à durée déterminée, avait une incidence sur le niveau de protection que la loi leur reconnaissait, et ce même s'ils cotisaient au régime de retraite pendant leur période de travail.

Ces règles ont aussi été amendées en 2000; elles font en sorte qu'un travailleur qui adhère à un régime complémentaire de retraite acquiert immédiatement la valeur des droits accumulés en son nom, qu'ils proviennent de ses cotisations ou de celles de l'employeur. <sup>359</sup> Lorsque sa participation prend fin, il peut laisser ces sommes dans le régime, auquel cas une rente différée pourra lui être versée au moment de la retraite. Il peut aussi, aux conditions qui dépendent du type de régime auquel il a contribué, <sup>360</sup>

---

356. *Id.*, art. 54, al. 1.

357. *Ibid.*

358. *Id.*, art. 36, al. 2.

359. *Id.*, art. 66 et 69; Loi modificative, art. 37 et 41.

360. L.r.c.r., art. 98 et s.

transférer une somme correspondant à la valeur totale de ses droits, par exemple dans le régime complémentaire de retraite de son nouvel employeur s'il accepte les sommes provenant d'un transfert ou dans un régime enregistré d'épargne-retraite (REER). La courte durée d'emploi d'un travailleur occasionnel ou à contrat ne conduit donc plus à la perte des droits correspondant à la période où il a contribué au régime de retraite.

Le cadre juridique régissant les régimes complémentaires de la retraite a donc été adapté pour tenir compte de la réalité des travailleurs en situation non traditionnelle d'emplois. Mais le principal problème en ce qui a trait au niveau de protection garanti à ces travailleurs au moment de la retraite tient bien davantage à leur capacité d'accéder à ce troisième palier constitutif du régime de protection sociale à la retraite.<sup>361</sup> Les travailleurs à faible revenu parmi lesquels se trouvent plusieurs travailleurs en situation de travail non traditionnelle disposent-ils d'un revenu suffisant pour pouvoir cotiser à des régimes privés ou pour décider d'adhérer, lorsqu'ils en ont l'occasion, à un régime complémentaire de retraite? Cette précarité économique ne les incitera-t-elle pas plutôt à ne pas adhérer à des régimes complémentaires auxquels ils pourraient avoir accès, ce que la loi leur permet maintenant de faire comme nous l'avons vu au chapitre 2? On peut penser que la principale caractéristique du niveau de protection dont bénéficieront les travailleurs en situation de travail non traditionnelle au moment de la retraite tient au fait que leurs revenus de retraite ne proviendront que des deux premiers paliers.

### *c. La Loi sur l'assurance-emploi*

Comme le régime d'assurance-emploi est basé sur le calcul du nombre d'heures travaillées, les salariés à temps partiel sont défavorisés, puisqu'ils cotisent et ont besoin d'un plus grand nombre de semaines travaillées pour pouvoir bénéficier du régime. Il en est de même d'un travailleur occasionnel, ou d'un travailleur sous contrat à durée déterminée qui n'accumule pas un nombre d'heures suffisant. Par exemple, un salarié

---

361. 42 % des travailleurs québécois cotiseraient à un régime complémentaire de retraite, dont 55 % provenant des grandes entreprises et 5 % seulement des petites et moyennes entreprises. Source : site de la Régie des rentes du Québec visité le 21 septembre 2002 : <http://www.rrq.gouv.ca/fr/rcr/12.htm>.

travaillant 40 heures par semaine pourra bénéficier du régime s'il se retrouve au chômage après 23 semaines (pour un premier emploi), alors que celui qui travaille 24 heures par semaine pourra en bénéficier seulement s'il se retrouve sans emploi après 38 semaines de travail.

Il faut également noter que le paragraphe g) de l'article 6 du *Règlement sur l'assurance-emploi*,<sup>362</sup> ajouté à ce règlement en 1997, énonce que « l'emploi exercé par une personne appelée par une agence de placement à fournir des services à un client de l'agence, sous la direction et le contrôle de ce client, en étant rétribuée par l'agence » est inclus dans les emplois assurables. Le règlement ne stipule toutefois pas qui, de l'agence ou de l'entreprise-cliente, doit être considéré comme l'employeur du salarié, aux fins du paiement des cotisations et de l'accumulation du nombre d'heures travaillées au cours de la période de référence. Nous n'avons pu identifier de décision éclairant la portée de cet article.

Enfin, certaines dispositions du règlement traitent du travailleur indépendant, mais comme il n'a pas accès au régime, ces dispositions s'inscrivent dans un contexte où un salarié obtient des prestations en même temps qu'il effectue un travail indépendant, ou encore qu'il obtient des prestations et commence par la suite à effectuer du travail indépendant. C'est concernant la notion de disponibilité au travail que ces dispositions sont pertinentes. Des auteurs en droit du travail s'expriment ainsi :<sup>363</sup>

« Le RAE prévoit des dispositions particulières à l'égard du prestataire qui exerce un emploi à titre de travailleur indépendant ou qui exploite une entreprise pour son compte, à titre d'associé ou de cointéressé et qui détermine lui-même ses heures de travail. Ces prestataires sont présumés effectuer une semaine entière de travail (art. 30(1) RAE). Ainsi, le

---

362. DORS/96-332.

363. Jean-Yves Brière, Réjane Caron et Jean-Pierre Villaggi, *Loi sur l'assurance-emploi annotée*, CCH, 2001, p. 106.

travailleur en chômage ne peut de prime abord se qualifier pour l'obtention de prestations d'assurance-emploi puisqu'on présume qu'il accomplit une semaine entière de travail. Pour contrer cette présomption, il incombe au travailleur de prouver qu'il exerce un emploi ou exploite une entreprise « dans une mesure si limitée que cet emploi ou cette activité ne représenterait pas normalement son principal moyen de subsistance » (art. 30(2) RAE) ».

Dans le cas où les deux emplois cumulés seraient des emplois salariés, le salarié qui cumule plus d'un emploi doit s'assurer de ne pas en retirer une trop grande source de revenus, puisque le paragraphe (2) de l'article 19 de la LAE énonce qu' « il est déduit des prestations qui lui sont payables un montant correspondant à la fraction de la rémunération reçue au cours de cette semaine qui dépasse 50 \$, ou vingt-cinq pour cent de son taux de prestations hebdomadaires si celui-ci est de 200 \$ ou plus ».

### III- SYNTHÈSE

Que conclure de cet examen du niveau de protection qu'offrent les lois du travail aux salariés en situation de travail non traditionnelle? Pour revenir à la question que nous formulons dans la première partie de ce chapitre, le droit du travail québécois concilie-t-il flexibilité, équité et protection en ce qui concerne ces salariés?

Il est clair que le droit québécois reconnaît à l'employeur une grande flexibilité dans le recours à ces formes de travail non traditionnelles. Il n'existe aucune préférence législative pour le contrat à durée indéterminée ou le travail à temps plein et aucune disposition assujettissant le recours à ces formes de travail à des circonstances précises. Il n'existe pas non plus d'avis préalable obligatoire lors de changements de statut.<sup>364</sup> Il n'existe que peu de limites à l'obligation du salarié d'accomplir des heures de travail au-delà de ses heures de travail habituelles à la demande de l'employeur. Aucune limite n'est imposée aux employeurs qui désirent recourir à des salariés d'agence de placement temporaire, aux salariés sous contrats à durée déterminée, aux salariés occasionnels, sur appel ou à temps partiel. Bref, il semble clair que le droit du travail québécois préserve la liberté de l'employeur de s'engager dans ces formes de travail. Nous n'avons détecté aucune disposition pouvant suggérer une quelconque volonté d'encadrement du recours à ces formes de travail salarié.

Si le développement de ces formes de travail n'est d'aucune façon ralenti par les lois du travail, les modalités d'application de certains des droits et avantages qu'elles contiennent ont été adaptées pour tenir compte de la situation non traditionnelle de certains travailleurs. Mais de nombreux obstacles demeurent. Qu'il suffise ici d'en rappeler quelques uns, qui représentent les principales causes des disparités dans les niveaux de

---

364. Sous réserve du nouvel article 20.0.1 du *Code du travail*, introduit par la *Loi modifiant le Code du travail, instituant la Commission des relations du travail et modifiant d'autres dispositions législatives*, L.Q. 2001, c. 26, art. 11.

protection garantis aux travailleurs en situation non traditionnelle par rapport aux salariés classiques :

1. Le remplacement du revenu des salariés en cas de congés et d'absence est mal servi par des règles qui fixent le montant des indemnités en fonction de la prestation effective de travail ou du revenu réel gagné par ces salariés au cours d'une période de référence. L'examen des heures effectivement travaillées ou du revenu gagné pendant une période de référence passée permet d'anticiper de manière réaliste les revenus qu'aurait gagné un salarié sous contrat à durée indéterminé travaillant à temps plein, n'eût été de son absence du travail pour congés annuels, jours fériés, lésion professionnelle ou invalidité. Pour les travailleurs en situation de travail non traditionnelle, au contraire, le passé n'est pas toujours garant de l'avenir à cause de l'instabilité de leur situation de travail. Les débats entourant le calcul de l'indemnité de remplacement du revenu des travailleurs atypiques victimes d'une lésion professionnelle illustrent parfaitement les difficultés qui émergent dès lors que l'on souhaite adapter les modes de détermination de l'indemnité afin de compenser la perte de la capacité de gain de ces travailleurs. Ces difficultés ont une portée plus vaste que la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*: elles existent aussi lorsque vient le temps de déterminer les indemnités de congés de ces travailleurs en vertu de la *Loi sur les normes du travail* ou des conventions collectives ou lorsqu'il faut déterminer les indemnités qui leur sont versées dans le cadre de régimes conventionnels d'assurance-salaire.<sup>365</sup>
2. Le principe de la continuité. Un autre obstacle tient à l'opportunité d'assujettir l'octroi de nombreux avantages législatifs à une exigence de service continu chez un même employeur, ce qui a un effet sur le niveau de protection de salariés qui exécutent, pour un même employeur, des prestations de travail discontinues sans bénéficier d'aucun droit ou priorité de rappel ou de salariés qui travaillent pour des employeurs différents par cumul d'emploi ou relations triangulaires de travail.

---

365. En témoigne une imposante jurisprudence arbitrale divisée sur la question et rapportée par l'arbitre Jean-Louis Dubé dans : *Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 2105 c. Cité de la santé de Laval*, (2001) R.J.D.T. 992; D.T.E. 2001T-471 (T.A.).

Dans certains cas, on peut percevoir le lien rationnel entre la condition de service continu imposée et la nature de l'avantage qu'elle permet de conférer. Par exemple, le recours à l'encontre d'un congédiement sans cause juste et suffisante étant une forme de protection de l'emploi, on peut assimiler la durée de la période de service continu qui en régit l'accès à une période d'essai qui permet à un employeur d'évaluer le salarié avant de décider de le maintenir en emploi. La durée du service continu imposée peut être inappropriée – une période d'essai de trois ans peut sembler exagérée – mais le recours à une condition de service continu peut s'expliquer. Dans d'autres cas, le lien entre l'exigence de service continu et l'avantage consenti est moins clair. Les congés annuels n'ont-ils pas pour but d'offrir un repos permettant aux salariés de se remettre des efforts qu'ils ont consentis durant une année de travail? Pourquoi leur durée varie-t-elle en fonction d'une durée de service continu? Autre exemple : pourquoi assujettir l'accès aux jours fériés chômés et payés à cette exigence? Cette exigence pouvait faire sens lorsque les employeurs cherchaient à « fidéliser » leurs salariés en attribuant une valeur particulière à leurs bons et loyaux services.<sup>366</sup> Le recours aux diverses formes de travail atypique montre que les entreprises recherchent maintenant une flexibilité maximale dans l'embauche et l'utilisation de la force de travail. Dans ce contexte, c'est l'opportunité même de recourir à une exigence de service continu qui pose problème dans la mesure où elle a des effets sur le niveau de protection de certains salariés.

3. L'appartenance à une collectivité de travail est l'un des préalables à l'exercice effectif des droits d'association, de négociation collective et de participation des salariés. Tout un pan du droit du travail repose sur la reconnaissance de droits et de moyens propres à cette *collectivité de salariés*. Compte tenu de leur prestation de travail discontinue, d'une durée limitée ou encore réalisée à l'extérieur des lieux physiques de l'entreprise, on peut penser que l'intégration des salariés atypiques à cette collectivité de travail est problématique, ce qui peut freiner leur contribution effective aux mécanismes de participation mis en place par certaines lois (*Loi sur la santé et la sécurité du travail; Loi sur l'équité salariale*).

---

366. P. Verge et G. Vallée, *op. cit.*, p. 165.

4. Les relations de travail triangulaires. Les agences de placement temporaire soulèvent des difficultés d'application pour l'ensemble des lois du travail fondées sur des relations bipartites de travail. Le principal problème juridique tient à l'identification de l'employeur qui sera responsable des différentes obligations relatives au travail du salarié. Le traitement actuel de cette situation fait en sorte que le droit «bilatéralise» une relation tripartite, pour la faire entrer dans le moule des lois du travail existantes. Ce faisant, d'autres problèmes importants restent dans l'ombre. Ainsi en est-il, par exemple du contenu du contrat entre l'agence de placement temporaire et l'entreprise-cliente qui peut comporter des clauses ayant un impact important sur le salarié sans que celui-ci y consente. Il en serait ainsi des clauses qui limitent la possibilité pour l'entreprise-cliente de conserver à son emploi le salarié qui lui a été prêté par l'agence. Il y a là atteinte à la liberté de travail du salarié, qui n'est directement prohibée par aucun texte.
  
5. Les remèdes liés à la protection de l'emploi. La réintégration du salarié est le remède habituellement imposé lorsqu'un congédiement a été fait sans cause juste et suffisante ou lorsqu'une sanction a été imposée par l'employeur pour un motif illicite (les activités syndicales, la grossesse, ...). La réintégration peut être le remède approprié pour un salarié dont la situation de travail laisse présager un lien d'emploi continu à long terme. A-t-elle le même effet de redressement pour un salarié dont la prestation de travail est limitée dans le temps? Il y a lieu de douter que la réintégration soit un remède de portée équivalente dans les deux situations, ni même qu'elle constitue un résultat qu'un salarié en situation de travail non traditionnelle souhaite obtenir. N'y a-t-il pas lieu de disposer d'un éventail de remèdes suffisamment large pour permettre de sanctionner par d'autres équivalents la rupture du lien d'emploi pour un motif illégitime?

Ces obstacles font en sorte que les salariés en situation de travail non traditionnelle n'ont pas accès aux niveaux de protection dont profitent les salariés «classiques». On ne peut conclure, pour reprendre l'extrait qui a inspiré notre démarche en début de chapitre, que ce travailleur est «à tous égards un travailleur comme un autre à cette seule différence

que son embauche est limitée dans le temps à la mesure des besoins de l'entreprise ». <sup>367</sup>  
Les effets de sa situation sur les niveaux de protection que lui confèrent les lois du travail sont plus étendus. D'où le défi, pour le Comité d'experts, de réfléchir aux moyens de rétablir des niveaux de protection équivalents, tout en conservant la flexibilité dans le recours à une diversité de situation de travail salarié.

---

367. P.-Y. Verkindt, *op.cit.*, p. 876.