

CHAPITRE 2 – L’ACCESSIBILITÉ AUX DIVERS RÉGIMES DE PROTECTION SOCIALE : ÉTAT DE SITUATION AU PLAN JURIDIQUE AU QUÉBEC

L’accessibilité à un régime de protection sociale signifie le droit d’en bénéficier. Ce droit est déterminé selon le cas par un statut que l’on détient, par une situation de fait dans laquelle on se trouve ou par la nature d’une activité à laquelle on se livre tel qu’en dispose la loi.

L’objectif du présent chapitre est de décrire sommairement l’état au plan juridique de la question de l’accessibilité aux divers régimes de protection sociale au regard des personnes œuvrant dans des situations de travail non traditionnelles suivantes : travail à temps partiel, travail occasionnel ou sur appel, travail à domicile, travail selon un contrat à durée déterminée et travail indépendant ou autonome.

Chaque loi-régime comporte ses propres appellations et définitions des statuts d’emploi ou des situations de fait lui donnant accès. Celles-ci sont, en principe, élaborées en fonction des fins spécifiques de chaque régime indépendamment des autres. Elles varient d’ailleurs d’un régime à l’autre sans toutefois qu’il résulte nécessairement de cette diversité terminologique des significations différentes.

Sauf exception, ces lois ignorent les dénominations couramment utilisées pour évoquer les statuts atypiques ci-haut mentionnés. Il faut donc rechercher si les catégories qu’elles retiennent incluent ou excluent les situations non traditionnelles qui nous intéressent. Dans plusieurs cas, cela implique de prendre en compte leur interprétation jurisprudentielle qui s’avère souvent déterminante en matière d’inclusion-exclusion.

La méthode d’exposé retenue consiste à examiner dans quelle mesure chaque loi-régime est accessible aux personnes se trouvant dans une situation atypique de travail. Chaque régime sera sommairement analysé selon la séquence suivante : (1) aperçu du régime, (2) statut(s) donnant accès au régime, (3) application aux statuts atypiques, soit (a) les

situations d'inclusion et (b) les situations d'exclusion. Les régimes dont il sera question sont regroupés en trois blocs : (I) les régimes de rapports collectifs de travail (*Code du travail, Loi sur les décrets de convention collective* et autres régimes applicables au travail non salarié), (II) les régimes de normes du travail (*Loi sur les normes du travail, Loi sur la santé et la sécurité du travail* et *Loi sur l'équité salariale*) et (III) les régimes de protection du revenu (*Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles, Loi sur le régime des rentes du Québec, Loi sur les régimes complémentaires de retraites* et, accessoirement parce que de compétence fédérale et non visée par notre mandat, *Loi sur l'assurance-emploi*). Le tout sera complété par une synthèse (Partie IV).

I- LES RÉGIMES DE RAPPORTS COLLECTIFS DE TRAVAIL

A) Le *Code du travail*⁴⁹

1- Aperçu du régime

Datant de 1964 et fréquemment amendé depuis, le *Code du travail* constitue le prolongement actualisé de la *Loi des relations ouvrières* de 1944⁵⁰ adoptée quasiment simultanément avec ses équivalents ontarien et fédéral. Ces trois régimes étaient directement tributaires du *National Labor Relations Act* américain de 1935.⁵¹

Dans l'ensemble, ils avaient en commun de proclamer et de protéger le droit d'association des salariés et des employeurs, de mettre en place des mécanismes de reconnaissance de l'association de salariés à laquelle était conféré un monopole de représentation pour la totalité ou pour un groupe de salariés à l'emploi d'une entreprise, d'imposer à l'employeur l'obligation de négocier de bonne foi une convention collective de travail avec cette association, de régler l'exercice du droit de grève et de lock-out, de prohiber certaines pratiques déloyales et d'instituer un organisme ou tribunal spécialisé pour assurer la mise en œuvre du régime.

La philosophie ou les valeurs sous-jacentes à ces régimes étaient et demeurent le libre accès des salariés à l'action collective leur permettant, par le truchement de leur association librement formée et majoritairement choisie, d'atteindre un équilibre dans le rapport de négociation de leurs conditions de travail avec leur employeur. Ces libertés d'association et de négociation collective considérées comme une mesure de protection

49. L.R.Q., c. C-27 (ci-après cité : « C.t. »).

50. S.R.Q. 1941, c. 162 A (ci-après cité : « L.r.o. »).

51. (*Wagner Act*), c. 372, 49 Stat. 449 (1935).

sociale sont encadrées de façon à baliser ou contenir certaines manifestations du conflit social et à prendre en compte l'intérêt économique de l'entreprise.⁵²

À grands traits, le régime institué par le *Code du travail* peut se résumer comme suit. Des « salariés » au sens de la loi peuvent librement former une association qui ne sera composée que d'autres salariés du même employeur et qui aura pour but la défense de leurs intérêts et plus particulièrement la négociation d'une convention collective. À l'égard de ses membres, l'association est tenue à certaines normes régissant l'élection de ses officiers, le vote de grève et l'autorisation de la signature d'une convention collective. Le droit d'association reconnu est assorti de dispositions qui protègent le salarié et l'association contre des pratiques susceptibles d'en compromettre l'exercice.

Pour accéder au statut de représentant reconnu des salariés et exercer les droits prévus par le *Code*, l'association de salariés doit obligatoirement être « accréditée ». Outre des exigences de forme et de délais, l'octroi de l'accréditation est subordonné aux deux conditions substantielles suivantes : la demande doit viser une « unité appropriée » selon des critères élaborés par la jurisprudence (i.e. communauté des intérêts du groupe, volonté des salariés, aire géographique ou structure de l'entreprise et paix industrielle) et l'association doit démontrer qu'elle recueille une majorité d'adhérents à l'intérieur de cette unité.

Une fois l'accréditation obtenue, celle-ci pourra être actualisée. Si par ailleurs, il y a vente ou concession totale ou partielle de l'entreprise, l'accréditation y demeurera rattachée et le nouvel employeur y sera lié au même titre que l'ancien.

D'autre part, tant qu'une association est accréditée, elle assume un devoir de représentation juste et équitable à l'égard de tous les salariés qui sont couverts par l'unité qu'ils soient ou non membres de l'association en question.

52. Verge, P. et Vallée, G., *Un droit du travail ? Essai sur la spécificité du droit du travail*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais inc., 1997, 221 pages, p. 31-50.

Vers la fin de la durée de la convention collective et à certains autres intervalles, l'accréditation syndicale peut être remise en question par une association rivale qui cherchera à la supplanter ou par des salariés ou l'employeur qui en rechercherait la révocation. C'est par ce mécanisme cyclique que s'exerce la liberté syndicale étant entendu qu'elle demeure assujettie à la règle de la majorité qui fera qu'une association demeurera ou deviendra accréditée ou qu'aucune ne le sera et ce, peu importe les aspirations d'une minorité de salariés à l'intérieur du groupe concerné.

Le mécanisme de l'accréditation illustre des choix fondamentaux de la part du législateur, choix qui affectent radicalement l'exercice du droit d'association. L'accréditation ne peut être obtenue qu'à l'égard d'un groupe de salariés d'un seul employeur (accréditation monopatronale). Une seule association peut être accréditée pour un groupe de salariés donné (monopole de représentation). Enfin, c'est une majorité qui décide pour la totalité des salariés si le groupe dont ils font partie sera ou non représenté par une association et bénéficiaire ou non des droits prévus au *Code du travail*.

Le principal effet de l'accréditation est d'obliger l'employeur à reconnaître l'association comme le seul représentant légal des salariés de l'unité et à négocier de bonne foi avec ses représentants en vue de la conclusion d'une convention collective. À toute phase des négociations, une partie peut requérir l'intervention d'un conciliateur. S'il s'agit de la négociation d'une première convention collective pour l'unité d'accréditation, le ministre du Travail peut, sur demande d'une partie, nommer un arbitre de différend qui procédera à fixer les termes de cette première convention s'il est d'avis qu'il est improbable que les parties concluent une convention dans un délai raisonnable.

Pour parvenir à la conclusion d'une convention collective, l'une ou l'autre partie peut exercer son droit de grève ou de lock-out. La légalité de cette mesure est strictement une question de délais. Dans le cas d'un service public visé par la loi et par décret gouvernemental s'ajoute l'exigence de maintenir durant la grève des services essentiels de façon à ne pas mettre en danger la santé ou la sécurité publique.

En cours de conflit de travail, le lien d'emploi du salarié est maintenu. De plus, l'utilisation d'une main-d'œuvre de remplacement pour effectuer le travail habituel des salariés de l'unité en conflit est limitée de diverses manières. Enfin à la terminaison du conflit, les salariés bénéficient d'un droit de recouvrement de leur emploi de préférence à toute autre personne.

Tout ce processus vise à favoriser la conclusion d'une convention collective pour l'unité de négociation accréditée. La convention peut contenir toute disposition établissant des conditions de travail qui ne sont pas contraires à l'ordre public ou prohibées par la loi. Elle lie les salariés actuels et futurs. Sa durée n'est pas limitée sauf dans le cas d'une première convention qui ne saurait excéder trois ans. Pendant sa durée, le recours à la grève ou au lock-out est interdit à moins que la convention ne comporte une disposition permettant spécifiquement sa révision.

S'il survient une mésentente relative à l'interprétation ou à l'application de la convention collective pendant sa durée ou alors qu'elle produit encore des effets, elle doit être soumise au mécanisme d'arbitrage de grief prévu par le *Code* et éventuellement aménagé par les parties à la convention. Cette décision est finale, exécutoire et sans appel.

L'accès à ce régime de représentation et de négociation collective repose essentiellement sur la détention du statut de salarié.

2- Le statut donnant accès au régime : le salarié

À l'origine, sous la *Loi des relations ouvrières* de 1944, le salarié était défini ainsi :

« Salarié signifie tout apprenti, manœuvre ou ouvrier qualifié ou compagnon, artisan, commis ou employé qui travaille individuellement, en équipe ou en société. »⁵³

Cette définition à la fois énumérative et indicative reprenait en fait intégralement la définition du salarié que donnait et donne toujours la *Loi sur les décrets de convention collective* datant de 1934.⁵⁴

C'est lors de l'adoption du *Code du travail* en 1964 qu'on substitua à la définition précitée la suivante : « Une personne qui travaille pour un employeur moyennant rémunération, cependant ce mot ne comprend pas : (...) »⁵⁵ Cette définition est complétée par une énumération d'exclusions obéissant à des logiques diverses qui ne sont pas pertinentes au mandat de notre Comité.⁵⁶

Très tôt après l'adoption du *Code du travail*, la Commission des relations de travail (CRT) de l'époque eut à interpréter la nouvelle définition du terme « salarié » dans un cas où l'employeur de vendeurs-distributeurs avait unilatéralement décidé de les convertir en

53. L.r.o., art. 2, paragr. a).

54. S.Q. 1934, c. 56 (ci-après citée : « L.d.c.c »).

55. S.Q. 1964, c. 45, art. 1, paragr. l).

56. Ainsi, au nom du conflit d'intérêts, dans un contexte où s'opposent ceux de l'employeur et ceux de l'association représentant le personnel à son emploi, on a exclu de la notion de salarié le « gérant, surintendant, contremaître ou représentant de l'employeur dans ses relations avec ses salariés » ainsi que « un administrateur ou dirigeant d'une personne morale ». Par ailleurs, au nom de l'intérêt public, on a exclu certaines catégories de hauts fonctionnaires ou de fonctionnaires occupant des postes stratégiques ainsi que les substituts permanents du procureur général et les membres du personnel du directeur général des élections. Enfin, au nom de la cohérence, on a exclu les membres de la Sûreté du Québec qui bénéficient d'un régime spécifique et distinct (*Loi sur le régime syndical applicable à la Sûreté du Québec*, L.R.Q., c. R-14).

entrepreneurs indépendants au moyen de contrats au contenu caractéristique du contrat d'entreprise. Il s'agissait de déterminer si par cette opération, ces personnes jusque-là syndiquées demeuraient des salariés au sens du *Code*.⁵⁷ La CRT statua que la notion de salarié, tant en vertu de l'ancienne définition de la *Loi des relations ouvrières* que de la nouvelle du *Code du travail*, traduisait l'intention du législateur de maintenir la distinction issue du droit civil de la province de Québec entre « l'employé » et « l'entrepreneur indépendant ». Ce dernier se trouvait donc exclu de la notion de salarié.

Malgré les critiques, réserves et nuances apportées par la doctrine, il est généralement reconnu que le statut de salarié implique l'existence d'un contrat de travail⁵⁸ au sens de l'actuel article 2085 du *Code civil du Québec* :

« Le contrat de travail est celui par lequel une personne, le salarié, s'oblige, pour un temps limité et moyennant rémunération, à effectuer un travail sous la direction ou le contrôle d'une autre personne, l'employeur ».

C'est le lien de subordination qui constitue l'élément caractéristique attributif du statut de salarié et qui distingue le contrat de travail d'autres types de contrats (i.e. contrat d'entreprise, de mandat ou d'association) qui impliquent également une rémunération en contrepartie d'une prestation de travail.

La notion de salarié en vertu du *Code du travail* a fait l'objet d'une interprétation évolutive au gré de cas d'espèce nombreux et variés. La doctrine fait voir que l'on est passé d'une conception étroite de la subordination juridique mettant l'accent sur la direction et le contrôle parfois immédiats exercés sur l'exécution de la prestation de

57. *Food Drivers, Commission Salesmen Dairy and Ice Cream Workers, Local Union no. 973, Cartierville c. J. J. Joubert Limitée Montréal*, D.C.D.R.T. n° 1638-10.

58. Anciennement, le contrat de louage de service personnel sous le *Code civil du Bas-Canada*, art. 1667 et s.

travail, conception largement tribulaire du droit civil appréhendant la relation commettant – préposé en matière de responsabilité civile, vers une conception de la subordination juridique élargie ou assouplie. Celle-ci prend en compte des indices qui, selon chaque contexte, permettent de conclure que le travail fourni par une personne est contrôlé de façon parfois périphérique, de sorte que celui qui accepte de travailler dans ce cadre s'intègre à l'entreprise d'un autre qui devient ainsi son employeur.⁵⁹ Cette conception élargie s'est montrée perméable à la prise en considération d'indices reflétant une dépendance économique en maintenant toutefois de façon constante que la « subordination économique » seule ne suffit pas à conférer le statut de salarié.

Trente-sept ans après l'adoption du *Code du travail*, la définition du salarié est toujours la même. Durant cette période, dans la foulée du *Rapport (Woods) de l'Équipe spécialisée en relations du travail*⁶⁰ de 1968, la définition du salarié du *Code canadien du travail* et son équivalent dans les lois de rapports collectifs du travail de plusieurs provinces du Canada anglais, ont été amendés de façon à y inclure l'« entrepreneur dépendant ». Ce mouvement n'a pas été suivi au Québec bien que la *Commission (Beaudry) consultative sur le travail et la révision du Code du travail* ait, en 1985, recommandé de le faire.⁶¹ Ce thème fut repris en 2000 par la ministre du Travail d'alors dans le document *Pour un Code du travail renouvelé - Orientations ministérielles*.⁶² Le Projet de loi 182 qui donnait suite aux consultations sur ces orientations proposait que l'on assimile au salarié

59. Gagnon, R. P., LeBel, L. et Verge, P., *Droit du travail*, 2^{ème} éd., P.U.L., Sainte-Foy, 1991, 1065 pages, p. 11-14.

60. *Rapport de l'Équipe spécialisée en relations du travail*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1968.

61. Commission consultative sur le travail et la révision du Code du travail, *Le travail, une responsabilité collective*, Rapport final, Gouvernement du Québec, 1985, p. 188-190.

62. *Pour un Code du travail renouvelé - Orientations ministérielles*, Québec, Ministère du Travail, mars 2000.

« l'entrepreneur ou prestataire de services dépendant ». ⁶³ Ce projet de loi fut retiré et remplacé par le Projet de loi 31 qui abandonnait le concept d'entrepreneur dépendant, y substituant plutôt un mécanisme alliant le préavis et le recours visant à faire déterminer à l'avance si des changements au mode d'exploitation de son entreprise projetés par l'employeur auront pour effet de faire passer des salariés syndiqués couverts par l'unité de négociation de ce statut à celui « d'entrepreneur non salarié » ⁶⁴.

En effet, il faut garder en mémoire que le statut de salarié en vertu du *Code du travail* ne vaut en principe que pour ce régime et pour les objectifs qu'il poursuit. Et bien que le vocable de « salarié » soit utilisé par le *Code civil du Québec* qui établit le droit commun, il demeure loisible au Législateur d'y déroger. ⁶⁵ L'exemple de telles dérogations est donné à l'article 1, paragr. 1) du *Code du travail* qui exclut certaines catégories de personnes de la notion de salarié alors qu'elles détiennent néanmoins ce statut en vertu du *Code civil du Québec*.

L'interprétation de la notion de salarié en vertu du *Code du travail* est encadrée par certains principes généraux que l'on peut sommairement résumer comme suit :

63. *Loi modifiant le Code du travail, instituant la Commission des relations du travail et modifiant d'autres dispositions législatives*, P.L. 182, art. 1, paragr. 4, introduisant un nouveau paragr. k.1 à l'art. 1 du Code, première session, trente-sixième Législature, présentée le 20 décembre 2000, mort au feuillet suite à la fermeture de la session parlementaire et au début d'une nouvelle session au printemps 2001.

64. *Loi modifiant le Code du travail, instituant une Commission des relations du travail et modifiant d'autres dispositions législatives*, L.Q. 2001, c. 26, art. 11 ajoutant l'actuel art. 20.0.1 au *Code du travail*. Cet ajout ne modifie en rien la substance de la définition du statut de salarié sinon qu'en utilisant l'expression « entrepreneur non salarié », il pourrait donner à penser qu'il existerait un « entrepreneur salarié » ou que la notion de salarié puisse inclure une personne qui serait entrepreneur au sens du *Code civil du Québec* (ci-après cité : « C.c.Q. »). Voir commentaire de Morin, F. et Brière, J.-Y., *Réforme du Code du travail, analyse critique*, CCH, 2001, p. 7-11.

65. Selon la disposition préliminaire du *Code civil du Québec* : « Le Code civil du Québec régit, en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes ainsi que les biens. Le Code est constitué d'un ensemble de règles qui, en toutes matières auxquelles se rapportent la lettre, l'esprit ou l'objet de ses dispositions, établit, en termes exprès ou de façon implicite, le droit commun. Dans ces matières, il constitue le fondement des autres Lois qui peuvent elles-mêmes ajouter au Code ou y déroger ».

1°) Le statut de « salarié » créé par le *Code* est d'ordre public; il n'est donc pas négociable. La définition du salarié s'appuie sur l'existence d'une relation contractuelle. Aucun système de droit n'accorde aux parties à un contrat le pouvoir de qualifier ce contrat de façon à lier un tribunal chargé d'appliquer la loi. Autrement dit, la qualification juridique d'une situation visant à déterminer le droit à un statut est une question de droit et l'emporte sur la liberté contractuelle. Si le statut de salarié est délimité par la loi et que les parties ne peuvent conventionnellement modifier ces limites, rien ne les empêche cependant de les franchir et de convenir librement de conditions qui les placeraient dans une autre situation contractuelle ne correspondant pas aux statuts de salarié et d'employeur.

2°) La question qui se pose à l'instance spécialisée chargée d'interpréter la notion de salarié n'est pas primordialement celle de savoir si la personne est salariée ou entrepreneur, mais celle de savoir si elle est ou non salariée au sens du *Code du travail*.

3°) La détermination du statut de salarié s'apprécie à partir d'une situation de fait. L'analyse ne s'arrête pas à la terminologie utilisée (ex. contrat d'entreprise, honoraires, etc.) mais à la réalité du rapport contractuel.

4°) Le statut de salarié résultant d'une situation de fait, rien n'empêche de constater l'existence d'un double statut (ex. salarié et entrepreneur) ou la mobilité d'un statut à l'autre selon les situations.

L'interprétation ou la qualification visant à faire déterminer si une personne est salariée au sens de cette loi se fait au moyen d'un recours prévu à l'article 39 du *Code du travail* qui peut s'exercer à tout moment de la vie des rapports collectifs du travail. Elle peut également se faire de façon incidente, à l'occasion du débat entourant une requête en accréditation. Les parties à un tel litige devront être des « parties intéressées » (i.e. association-s de salariés et employeur) ce qui exclut habituellement la personne dont le

statut est en cause.⁶⁶ À ce recours s'ajoute celui du nouvel article 20.0.1 du *Code du travail* qui permet une détermination par anticipation à l'occasion de changements apportés par un employeur au mode d'exploitation de son entreprise. Enfin, mentionnons que l'instance spécialisée chargée d'interpréter la notion de salarié bénéficie d'une large discrétion à cet égard.

3- Application aux statuts atypiques

a. Les situations d'inclusion

La problématique de l'accessibilité peut être considérée sur deux plans : le plan statutaire et le plan pratique ou opérationnel.

Au plan statutaire, que le travail soit fourni à temps partiel, sur une base occasionnelle ou sur appel, qu'il s'exécute à domicile ou que la relation contractuelle soit à durée déterminée plutôt qu'à durée indéterminée importe peu. La question essentielle reste de savoir s'il s'agit ou non de travail salarié ou subordonné. Rien n'empêche de constater la présence d'un lien de subordination dans une situation de travail revêtant une ou plusieurs des caractéristiques ci-haut mentionnées.

Notons toutefois que certaines de ces caractéristiques, notamment le travail à domicile et, à un degré moindre, le travail selon un contrat à durée déterminée constituent parfois des indices considérés parmi de nombreux autres dans des débats visant à déterminer si l'on est en présence d'une situation de travail subordonné ou indépendant. Cette problématique d'exclusion sera traitée plus loin.

66. Exceptionnellement, la personne en cause aura l'intérêt requis si la question de son statut en vertu du Code se pose de façon incidente à l'exercice d'un recours personnel. Ce sera le cas par exemple lors d'une plainte d'un « salarié » qui croit avoir été victime d'une sanction ou d'une mesure visée à l'article 15 C.t. qui protège l'exercice d'un droit prévu au Code.

Par ailleurs, certaines des situations atypiques ci-haut mentionnées peuvent poser des problèmes d'accessibilité au régime de rapports collectifs de travail salarié instauré par le *Code du travail* au plan pratique ou opérationnel. Bien que cette question particulière n'entre pas dans le mandat du Comité, nous croyons utile d'évoquer quelques cas de figure.

Ainsi, il sera vraisemblablement plus difficile de former une association de salariés qui travaillent à domicile ou plus aléatoire de s'engager dans la procédure d'accréditation pour des salariés travaillant en vertu de contrats à durée déterminée et réduite sans mécanisme ou sans pratique de renouvellement. D'autre part, le travail occasionnel ou sur appel, s'il ne disqualifie pas le prestataire comme salarié, peut avoir une incidence sur son inclusion ou non dans une unité de négociation ou sur la création d'une unité distincte bénéficiant d'un rapport de forces moindre pour les fins de la négociation collective. Certaines tentatives de syndicalisation récentes dans le secteur de la restauration rapide tendent à démontrer que le travail à temps partiel accompagné d'un fort taux de roulement peut poser certains problèmes d'accessibilité au plan pratique. Enfin, le *Code du travail* offre peu d'attrait pour les salariés œuvrant dans des secteurs ou industries où la structuration du travail fait que l'on peut travailler à temps complet, mais pour différents employeurs que ce soit successivement ou simultanément. Seule l'industrie de la construction est dotée d'un régime de relations de travail prenant en compte cette réalité.⁶⁷

67. *Loi sur les relations du travail, la formation professionnelle et la gestion de la main-d'oeuvre dans l'industrie de la construction*, L.R.Q., c. R-20.

b. Les situations d'exclusion

Le « non-salarié » est celui qui, moyennant rémunération fournit une prestation de travail, sans être dans un état de subordination à l'égard de l'autre partie.⁶⁸ On le nomme traditionnellement « l'entrepreneur indépendant ». Plus récemment, on a vu apparaître l'appellation de « travailleur autonome » ce qui ne va pas sans ambiguïté puisque ce terme, tout comme au demeurant celui « d'entrepreneur indépendant », n'est pas défini par le *Code du travail*. Le « flou juridique » qui accompagne cette dénomination s'accroît d'autant plus qu'il est de plus en plus admis par la jurisprudence que l'on peut être salarié tout en bénéficiant d'une large autonomie. L'évolution des formes d'organisation de travail au cours des dix dernières années a été caractérisée entre autres par le recours accru aux travailleurs autonomes qui, souvent, détenaient antérieurement le statut de salarié. Cette situation a contribué à lancer le débat portant sur les « faux autonomes » et sur la nécessité d'adopter le concept d'« entrepreneur dépendant » déjà reconnu ailleurs au Canada.

Avec un nouveau vocabulaire, ce débat nous ramène à l'état du droit sur la distinction entre salarié et entrepreneur indépendant. Selon les cas d'espèce, les époques et les décideurs, plusieurs tests, critères ou indices ont été utilisés pour déterminer le statut de salarié et pour le distinguer de celui d'entrepreneur indépendant. Il serait fastidieux de recenser toutes ces espèces et illusoire d'en rechercher la cohérence. Il est néanmoins important de rendre compte de l'état actuel du droit sur ces questions. Aussi avons-nous opté pour un exposé succinct construit autour de critères majeurs tout en faisant l'économie de références « litaniques » à leurs sources. Cet exercice, même restreint, constitue un défi de taille au plan de la catégorisation des indices qui, souvent, pourraient apparaître sous plus d'un critère. Ce qui est rapporté ici vaudra en grande partie pour les autres régimes qui seront traités plus bas. La jurisprudence en vertu du *Code du travail* est de loin la plus âgée et la plus abondante sur le sujet ce qui explique l'espace qui est consacré à résumer ses enseignements.

68. Illustré par les articles 2098 et suiv. du C.c.Q.

Notre démarche consiste à identifier les critères majeurs retenus par la jurisprudence en les illustrant par divers indices.

i. L'obligation d'exécuter personnellement le travail

Le *Code du travail* définit le salarié comme «une personne qui travaille pour un employeur (...)». Le statut de salarié se rattache donc à une personne physique. La jurisprudence considère unanimement que, pour conclure au statut de salarié, il faut constater un engagement d'une personne envers une autre à fournir personnellement une prestation de travail et que cet engagement se traduise dans les faits.

Cette exigence essentielle a soulevé trois problématiques : celle du prestataire de travail doté d'une personnalité morale, celle de l'exécution du travail par un «remplaçant » et celle du recours à des aides salariés.

1°) «Le salarié incorporé »

Le fait pour une personne physique de se doter d'une personnalité morale afin de conclure un contrat impliquant une prestation de travail contre rémunération est susceptible d'opérer une fracture empêchant la reconnaissance d'un lien de droit entre «l'entreprise-cliente » qui paie pour le travail et l'individu qui le fournit. On pourrait en effet prétendre que l'individu en question est plutôt le salarié de «l'entité-fournisseuse » qui contracte avec l'entreprise-cliente.

Il a néanmoins été décidé que l'incorporation ne fait pas obstacle à la reconnaissance du statut de salarié lorsque l'on peut déceler l'existence d'une obligation personnelle de fournir la prestation de travail pour l'individu qui contracte sous le nom d'une personne morale. Plusieurs indices ont déjà servi à identifier cette obligation personnelle. Ce sera le cas, entre autres, s'il apparaît que l'entité est une corporation à actionnaire unique, si l'incorporation constitue une exigence imposée à l'individu par l'entreprise-cliente (particulièrement si l'on recherche à éviter l'application d'une loi), s'il apparaît au contrat

que l'individu s'oblige personnellement à exécuter le travail, si le contrat comporte des exigences de nature personnelle (ex. être titulaire d'un permis qui ne peut être octroyé qu'à une personne physique) ou encore si le contrat a été octroyé suite à une sélection basée sur les caractéristiques personnelles de celui qui fournira le travail.

2°) «Le salarié remplacé »

L'obligation d'exécuter personnellement le travail est, en principe, incompatible avec la faculté pour celui qui s'y est engagé de se faire remplacer.

La jurisprudence appréhende cette question sous divers angles. Ainsi, en fonction de la durée du contrat et du travail à effectuer, un remplacement occasionnel ou pour une durée peu importante n'entraînera pas la perte du statut de salarié par opposition à des remplacements fréquents ou de longue durée. Quant aux occasions de remplacements, certaines seront considérées comme caractéristiques d'une situation de salariat (ex. vacances annuelles) tandis que d'autres seront plutôt vues comme représentatives d'un statut d'entrepreneur et de sa faculté d'organiser le travail comme il l'entend.

La question a aussi été analysée sous l'angle d'indices de «contrôle» sur les remplacements et sur le choix des remplaçants. Seront considérées comme indicatives d'une situation de salariat les situations suivantes : des motifs d'absence (donnant lieu à du remplacement) réglementés et contrôlés, la sélection ou encore le droit d'approbation ou de refus du candidat-remplaçant par l'entreprise-cliente.

3°) «Les aides du salarié »

Il a été décidé depuis longtemps que le fait pour une personne qui serait considérée comme salariée de prendre à son service des aides qui sont ses propres salariés n'est pas suffisant à lui seul pour lui faire perdre son statut.

Ce sera le cas à plus forte raison si cette faculté de s'adjoindre des aides fait l'objet d'une forme de contrôle par l'entreprise-cliente à l'instar de ce qui a été évoqué plus haut à l'égard des remplacements.

Par ailleurs, l'embauche et l'utilisation d'aides pourraient être révélatrices d'une situation d'entrepreneuriat lorsqu'il apparaîtrait que celui qui y procède peut tirer des profits substantiels de leur force de travail (recoupement avec les facteurs économiques).

ii. Le degré de contrôle

Ce critère central est intimement lié à la notion de subordination juridique et à son évolution. À l'origine, on considérait que le contrôle s'appliquait à l'exécution immédiate et concrète de la prestation de travail. On le reconnaissait au pouvoir de donner des ordres concernant le travail à effectuer et la façon de l'exécuter, à celui de surveiller et contrôler son accomplissement et à celui d'en vérifier les résultats. Progressivement, on en est venu à préconiser une approche plus souple, adaptée et pragmatique tenant davantage compte du genre de travail accompli. En effet, le degré de latitude ou d'autonomie dans l'exécution du travail est indissociable de la nature des fonctions à analyser et celles-ci peuvent varier considérablement d'un cas à l'autre.

Autonomie et latitude n'étant plus des traits exclusifs de l'entrepreneuriat, il a fallu redéfinir le contrôle en référant au cadre d'exécution du travail d'après l'un ou l'autre ou plusieurs des indices suivants.

1°) Présence ou prestation selon un horaire régulier ou précis

Il s'agit de déterminer s'il y a assignation périodique de travail, s'il y a présence sur le lieu de travail de façon régulière ou selon une certaine fréquence ou à certaines échéances.

Les notions d'horaires, de régularité et de lieu sont adaptables. Un salarié peut ne travailler que sur appel. Il peut aussi travailler à domicile. L'existence d'un cadre de travail en regard de cet indice peut s'inférer d'une simple obligation de faire rapport sur son emploi du temps et/ou sur ses déplacements ou par une réglementation et un contrôle des absences.

La flexibilité de l'encadrement de la présence et de la prestation ne va pas jusqu'à la liberté d'exécution caractérisant l'entrepreneur qui, en principe, décide du temps et du moment de son travail.

2°) Direction relativement à l'exécution

Selon le contexte, le pouvoir de direction peut aussi bien se manifester par des directives immédiates que par la fixation d'objectifs dans le cas de fonctions spécialisées à l'égard desquelles l'employeur ou ses représentants n'ont aucune connaissance. Entre ces deux extrêmes, la direction du travail peut également prendre la forme de la prescription de procédures ou de programmes d'activités que le salarié doit respecter ou suivre. On dira de ces situations que l'employeur a fixé le cadre d'exécution du travail.

3°) Supervision, évaluation, vérification

Des contrôles quantitatifs et/ou qualitatifs, des évaluations périodiques, l'exigence de rapports de toute nature permettant de vérifier le rendement, le fait d'avoir à requérir des autorisations préalables ou approbations *ex post facto*, la participation à des rencontres sur la marche du travail sont tous des facteurs pertinents à la détermination de l'existence d'un lien de travail subordonné.

4°) Normes de comportement ou de rendement et système de sanction

Les normes de comportement ou de rendement (i.e. associables à une obligation de résultat) peuvent s'appliquer aussi bien à l'entrepreneur qu'au salarié. On inclinera à

conclure au statut de salarié si le nombre de normes est élevé et touche à de multiples aspects du travail à accomplir et à son cadre d'exécution. Pour fonder le statut d'« employeur », ces normes devront émaner de lui et non pas d'une source externe (ex. normes techniques ou professionnelles) et être indicatives d'une certaine discrétion autant dans leur substance que dans l'application qui en sera faite.

Cette application peut comporter un système de sanction avec marge d'appréciation et pouvoir unilatéral de décision. Un système de sanction progressive sera considéré comme typique d'une relation de salariat. À l'opposé, des clauses contractuelles instaurant des pénalités (en principe négociées) seront considérées comme caractéristiques d'une situation d'entrepreneuriat.

iii. La propriété des outils ou équipements et/ou la fourniture des matériaux ou autres intrants

Ce critère a été régulièrement jugé insuffisant à lui seul pour entraîner la disqualification comme salarié.

En effet, il existe des secteurs d'activités où, par tradition, celui qui fournit le travail le fait avec son équipement. C'est notamment le cas du transport routier et du travail forestier où le coût des équipements est élevé. Dans d'autres cas où l'équipement fourni était d'un coût modique, ce critère fut considéré comme peu significatif.

La marginalité de ce critère joue également dans l'autre sens. C'est ainsi que l'on a décidé que la location par un chauffeur de la voiture d'un propriétaire de taxi ne faisait aucunement de ce dernier l'employeur du premier.

La propriété des équipements est un facteur qui ne peut s'avérer significatif qu'en présence d'autres critères qu'il vient appuyer. Il a été particulièrement analysé dans les nombreux cas traitant de distributeurs-livreurs salariés que l'on a voulu transformer en entrepreneurs. Les contrats examinés comportaient la cession d'un camion. Dans ces cas,

on a tenu compte du contexte d'accession à la propriété de l'équipement. Le fait que le vendeur était le donneur d'ouvrage, qu'il finançait l'achat et, à ce titre, conservait un droit sur la chose, qu'il posait des conditions quant à l'utilisation du véhicule, que ce dernier devait arborer son logo, qu'il avançait des frais reliés à l'utilisation du véhicule et fournissait certains services dont il déduisait le coût sur le prix du travail, etc. ont contribué à minimiser l'impact du critère de propriété.

Par contre, si, dans le cadre d'un contrat, on constatait que le nombre ou la nature de l'équipement fait qu'il ne se prête pas à l'opération personnelle et exclusive par celui qui le fournit, on serait plutôt en situation d'entrepreneuriat.

iv. Critères économiques (profits, pertes, dépendance)

Traditionnellement considérés comme distinguant le contrat d'entreprise du contrat de travail, les chances de profit et les risques de pertes sont également des facteurs liés au critère de « rémunération » figurant à la définition du salarié en vertu du *Code du travail*.

Rappelons que cette notion de rémunération a toujours été interprétée très largement par la jurisprudence. Les instances du travail ont formellement reconnu que certaines formes de rémunération que d'autres présentaient comme typiques du contrat d'entreprise (i.e. rémunération forfaitaire, à la pige, à la pièce, au rendement, à commission, au « voyage », etc.) peuvent tout aussi bien s'appliquer à une relation de salariat.

Par ailleurs, en plus des critères classiques que sont les chances de profit et les risques de pertes, les tribunaux du travail ont été amenés à analyser d'autres considérations et implications économiques de certaines relations contractuelles. Au-delà du libellé des contrats que l'on disait d'entreprise, ils ont examiné le « vécu » de ces contrats dans toutes ses facettes dont ses aspects économiques. C'est dans ce cadre qu'a émergé le concept controversé de « dépendance économique ». Dans l'état actuel de l'interprétation du terme « salarié », la dépendance économique, à elle seule, n'est pas considérée comme

conférant le statut de salarié. Par contre, comme les chances de profit et risques de pertes, elle constitue un des critères économiques utilisés.

Les critères économiques servent à apprécier si, compte tenu des diverses variables affectant le revenu qu'il tire de sa relation contractuelle, celui qui exécute le travail le fait pour lui-même, c'est-à-dire pour sa propre entreprise, ou pour l'entreprise d'un autre qui sera alors considéré comme son employeur.

Dans ce cadre, plusieurs indices qui se recoupent parfois ont été élaborés et l'on a incliné pour le statut de salarié dans les cas suivants:

1°) Si la rémunération fixée en vertu du contrat est telle qu'une fois déduites les dépenses d'opération, le reliquat correspond au salaire antérieurement gagné pour le même travail sans chance de profit ou risque de perte;

2°) Si cette rémunération a été unilatéralement imposée par le « donneur d'ouvrage » plutôt que d'avoir été réellement négociée;

3°) Si le contrat exige l'exclusivité de services ou que son exécution empêche pratiquement de se livrer à d'autres activités;

4°) Si le contrat limite significativement la liberté d'entreprendre. Ce sera le cas si le prestataire de travail est privé d'autonomie dans la fixation de prix, dans le recrutement ou la conservation de la clientèle, dans la mise en marché du service qu'il rend, dans la détermination de son aire territoriale ou dans le développement ou la diversification de ses activités;

5°) Si le contrat empêche le prestataire de gérer ses activités de façon à en tirer un profit.

Mentionnons enfin certains «sous-indices » qui peuvent venir alimenter les indices ci-haut mentionnés : contrat de longue durée avec le même « client », proportion des revenus tirés d'un client, non viabilité de l'entreprise en dehors du contrat principal.

v. L'intégration à l'entreprise du donneur d'ouvrage

Ce critère a d'abord été utilisé au Canada anglais. Il est apparu plus récemment dans la jurisprudence québécoise du travail où il n'est pas utilisé aussi fréquemment que les critères ci-haut traités. De plus, selon la lecture que l'on peut faire de la jurisprudence, il est susceptible de plusieurs acceptions qui recourent les autres critères déjà exposés.

L'intégration peut s'analyser au plan économique. Elle recoupe alors les indices décrits plus haut sous «les critères économiques » qui font que le prestataire se retrouve dépendant d'une relation contractuelle exclusive ou quasiment exclusive.

L'intégration peut être institutionnelle. On dira alors du prestataire qu'en accomplissant la mission essentielle de son donneur d'ouvrage, il s'intègre à son entreprise et qu'il travaille à atteindre l'objectif de cette dernière sous sa responsabilité plutôt que de faire simplement affaires avec elle comme mandataire ou fournisseur de services (accessoires pour l'entreprise-cliente) ayant sa propre mission ou vocation. Ce type d'approche est apparu récemment dans le cas des personnes assumant des fonctions de ressources intermédiaires en services sociaux et des fonctions de garde d'enfants.⁶⁹

69. Voir *Centre de réadaptation du Contrefort*, T.T. (Mtl), 500-28-000055-889 et 000056-887, 20 oct. 1988, j. Burns; *Syndicat des personnes responsables des milieux résidentiels d'hébergement des Laurentides (CSN) c. Centre du Florès*, (2001) R.J.D.T. 1228 (T.T.), conf. C.S. (Mtl), n° 500-05-066368-018, 4 mars 2002, j. Viau, permission d'appeler refusée par la Cour d'appel le 6 mai 2002; *SCFP c. Marcia Champagne et autres* et *Centre de réadaptation de l'Ouest de Montréal*, BCGT (Mtl), plusieurs dossiers dont AM-1001-0592, 1^{er} août 2001, c.t. Côté-Desbiolles, au stade du délibéré, en appel devant le Tribunal du travail; voir aussi note suivante.

En troisième lieu, l'intégration peut être fonctionnelle. Au plan de l'exécution de ses fonctions, le prestataire utilise les ressources matérielles et humaines du donneur d'ouvrage pour accomplir son travail sans en assumer le coût ou les risques inhérents.

Enfin, l'intégration peut être personnelle. Le prestataire accepte de soumettre sa prestation au contrôle administratif du donneur d'ouvrage. Cette conception recoupe largement les indices exposés sous le critère « degré de contrôle ». Dans l'analyse de ce critère, on pourrait aussi prendre en compte des indices tels que la similarité des fonctions exercées avec celles qui sont accomplies par les salariés déjà à l'emploi du donneur d'ouvrage ou encore l'identification à l'entreprise par divers signes extérieurs (affichage du logo, port de l'uniforme, etc.).

vi. Les finalités du régime

Tel que mentionné précédemment, il va de soi que l'interprétation de la notion de salarié en vertu du *Code du travail* ne vaut, en principe, que pour ses objets.

On observe par ailleurs de la jurisprudence récente, que les objectifs du *Code du travail* peuvent en retour servir à l'interprétation de la notion de salarié. Ce critère, peu élaboré, semble toutefois être utilisé « en dernier recours » soit pour confirmer une analyse déjà probante, soit pour dissiper tout doute qui pourrait subsister.

C'est dans ces perspectives que l'on a estimé que, devant une difficulté de concilier certains éléments divergents, le test le plus adéquat consiste à se demander s'il est raisonnable de considérer qu'une négociation collective des conditions de travail en vertu du *Code du travail* puisse prendre place dans le contexte étudié.⁷⁰ Dans un autre ordre, on

70. *Alliance des intervenantes en milieu familial, Laval, Laurentides, Lanaudière (CSQ) c. Centre de la petite enfance Marie Quat'Poches inc et autres et Procureur général du Québec*, BCGT (Mtl), dossiers AM-1005-1723 et autres, 6 février 2002, c.t. Vignola., paragr. 121, en appel, au stade du délibéré.

a posé que le droit d'association encadré par le *Code du travail* étant un droit fondamental reconnu par nos *Chartes*, on devait, dans le doute, en favoriser l'exercice.⁷¹

B) La Loi sur les décrets de convention collective⁷²

1- Aperçu du régime

Dans sa première version (1934),⁷³ le régime des décrets de convention collective fut instauré alors qu'aucune loi n'obligeait un employeur à reconnaître une association syndicale et à négocier avec elle une convention collective. Basé sur la liberté contractuelle des partenaires sociaux demandant l'extension juridique d'une convention collective, ce régime permettait de protéger les employeurs contre une concurrence déloyale sur les coûts de main-d'œuvre et d'améliorer les conditions de travail des non syndiqués.

Avec le recul procuré par l'adoption ultérieure d'autres lois du travail, on a dit de ce régime qu'il est mixte en ce que, d'une part, il intègre la négociation collective patronale-syndicale tandis que, d'autre part, les conditions de travail qui seront ensuite promulguées par décret ont la valeur juridique de normes minimales de travail obligatoires.

On peut résumer ainsi son économie générale. Une partie syndicale (une ou plusieurs associations accréditées ou un ou plusieurs regroupements de telles associations) négocie avec une partie patronale (un ou plusieurs employeurs ou une ou plusieurs associations d'employeurs) une convention collective au sens du *Code du travail* ou une entente fondée sur une telle convention. Une des parties signataires demande ensuite au ministre

71. *Syndicat des personnes responsables de milieux résidentiels d'hébergement des Laurentides (CSN) c. Centre du Florès*, T.T., précitée, paragr.18.

72. L.R.Q., c. D-2.

73. *Loi relative à l'extension des conventions collectives*, S.Q. 1934, c. 56.

du Travail l'extension juridique par décret de la convention ou de l'entente conclue. Après vérification de la recevabilité du projet, publication pour connaître toute opposition et étude du projet selon des critères d'opportunité et de contenu, sur recommandation du ministre, le Gouvernement étend par décret les clauses qui sont susceptibles de l'être (i.e. salaire, durée du travail, congés payés, bénéfices de sécurité sociale, classification des opérations et autres que le Gouvernement estime conformes à la loi) à une entité sectorielle (industrielle ou professionnelle) d'un territoire donné (province ou région). Les dispositions du décret deviennent alors des normes minimales d'ordre public (à l'instar des dispositions de la *Loi sur les normes du travail* ou d'un règlement adopté sous son empire) liant les employeurs et les salariés, syndiqués ou non, visés par son champ d'application. Un comité paritaire formé de représentants des parties contractantes et d'autres personnes nommées par le ministre assure l'application du décret en recevant des plaintes, en procédant à des inspections et en exerçant des recours civils et pénaux devant les tribunaux de droit commun.

Ce régime est en principe universel en ce qu'il est «ouvert» à tous les secteurs. Mais il ne s'appliquera que dans ceux où les partenaires représentatifs auront engagé consensuellement une démarche menant à leur assujettissement.

2- Le statut donnant accès au régime : le salarié

De tout temps, la loi a défini le salarié comme suit :

«Salarié signifie tout apprenti, manœuvre ou ouvrier qualifié ou compagnon, artisan, commis ou employé qui travaille individuellement, en équipe ou en société». ⁷⁴

74. L.d.c.c., art. 1, paragr. j).

Les conditions de travail prévues à un décret s'appliquent aux salariés d'un «employeur professionnel», c'est-à-dire de celui qui a à son emploi «un ou des salariés visés par le champ d'application d'un décret». ⁷⁵ Ce dernier vise «un métier, une industrie, un commerce ou une profession». ⁷⁶

Le critère permettant d'avoir accès au statut de salarié n'est donc pas l'existence d'un contrat individuel de travail mais plutôt l'exécution personnelle de l'activité visée par le décret. Notons incidemment que le statut de salarié demeure même lorsque le travail est fourni par une personne travaillant en équipe ou en société.

3- Application aux statuts atypiques

a. Les situations d'inclusion

Étant donné que le critère d'accès est rattaché à la prestation de travail visée par le décret, le fait qu'elle soit fournie à temps partiel, occasionnellement ou sur appel, à domicile ou pour une durée déterminée n'a aucun effet d'exclusion.

Il n'existe pas une problématique d'inaccessibilité pratique ou opérationnelle à l'égard du régime proprement dit. Par définition, un décret s'applique à tous les employeurs professionnels d'un secteur et d'une certaine aire territoriale. Le salarié qui continue à travailler à l'intérieur du champ d'application tout en changeant d'employeur professionnel bénéficie toujours des protections minimales du décret. Toutefois, ce ne serait pas le cas s'il venait à travailler pour un employeur autre que professionnel.

b. Les situations d'exclusion

La problématique de la notion de salarié par rapport au travail indépendant ou autonome prend ici une tournure particulière du fait que la définition du terme salarié comprend

75. *Id.*, art. 1, paragr. g).

76. *Id.*, art. 2.

un « artisan ». Ce concept réfère usuellement à un travailleur indépendant œuvrant seul, sans l'aide de salariés.

La question se pose donc de savoir si l'artisan (au sens usuel) qui serait un véritable travailleur indépendant est assujéti au régime et dans quelle mesure?

En dehors du contexte de la définition du salarié, la loi prévoit que l'artisan, tout comme l'employeur professionnel, peut se voir exiger par le comité paritaire d'afficher certains documents.⁷⁷ Elle prévoit également que le règlement de prélèvement de cotisations pour assurer l'application du décret peut déterminer l'obligation de cotiser et une base de calcul particulière « dans le cas de l'ouvrier ou artisan qui n'est pas au service d'un employeur professionnel ».⁷⁸ Ces dispositions s'appliquent donc au véritable travailleur indépendant.

Par contre, est-il assujéti aux dispositions du décret établissant des conditions minimales de travail lorsqu'il exécute le travail visé par le champ d'application de ce décret? La doctrine ne s'accorde pas sur ce sujet.⁷⁹ La Cour d'Appel a toutefois déjà décidé qu'il n'y avait pas lieu de distinguer l'artisan de l'entrepreneur indépendant étant donné que le seul facteur de qualification pour les fins du régime est l'élément travail.⁸⁰

Il est cependant certain que la présence d'un lien de subordination entre un donneur d'ouvrage et la personne qui exécute le travail visé par un décret fera conclure à la notion de salarié. Dans plusieurs espèces où on a cherché à établir ce lien, on s'en est remis aux

77. *Id.*, art. 22, paragr. f).

78. *Id.*, art. 22, paragr. i), sous-paragr. 3°.

79. Selon Dubé, J.-L., *Décrets et comités paritaires*, Les Éditions de la Revue de Droit Université de Sherbrooke, 1990, 376 pages, p. 39-54, l'élément de subordination n'est pas essentiel étant donné l'objet de la loi qui diffère sensiblement de celui du *Code du travail* ; selon Gagnon, R. P., LeBel, L. et Verge, P., *op. cit.*, p. 556-558, le salarié est celui qui travaille pour autrui et sous son autorité.

80. *Comité paritaire de l'industrie de l'automobile des régions Saguenay-Lac-St-Jean c. Soucy*, J.E. 94-161, D.T.E. 94T-62 (C.A.).

critères classiques que sont le contrôle dans l'exécution du travail, la propriété des outils, le risque de pertes et les chances de profits et la dépendance économique.⁸¹

Dans un autre ordre, mentionnons qu'il demeure possible, que par ses dispositions, l'un ou l'autre décret particulier produise des effets d'exclusion.

C) Les régimes exclusifs ou hybrides de rapports collectifs de travail non salarié

L'exclusion des non-salariés du *Code du travail* ne signifie pas pour autant que ceux-ci n'ont aucun accès à quelque régime de rapports collectifs que ce soit. Ces quinze dernières années, le Législateur a adopté des régimes expressément conçus en fonction d'un statut de non salarié pour la profession d'artiste et des régimes hybrides (couvrant autant des non-salariés que des salariés) dans l'industrie du transport. Nous nous contentons de décrire succinctement ces régimes qui ont en commun de s'appliquer à des professions, industries ou activités comportant des relations contractuelles avec une multiplicité de donneurs d'ouvrage et de relever de ministères autres que celui du Travail.

*1- La Loi sur le statut professionnel et les conditions d'engagement des artistes de la scène, du disque et du cinéma*⁸²

Les artistes de la scène, du disque et du cinéma ont accédé en 1987 à un régime particulier de reconnaissance de leurs associations et de négociation collective de leurs conditions d'engagement avec des producteurs ou des associations de producteurs. Ce régime crée le statut d'artiste qu'il définit comme « *une personne physique qui pratique un art à son propre compte et qui offre ses services, moyennant rémunération, à titre de créateur ou d'interprète (...)* ». ⁸³ Ce statut se maintient même si la personne fournit ses

81. de Niverville, P. et Ouimet, H., *Loi annotée sur les décrets de convention collective*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, p. 25-29.

82. L.R.Q., c. S-32.1 (ci-après citée : « L.s.p.c.e.a. »).

83. *Id.*, art. 2.

services au moyen d'une société ou d'une personne morale. Il exclut notamment la personne dont les services sont retenus pour une occupation visée par une accréditation accordée en vertu du *Code du travail*. La loi permet qu'une association soit reconnue pour un secteur. L'affirmation et la protection du droit d'association ainsi que la procédure de reconnaissance de l'association comportent de multiples et frappantes similitudes avec les dispositions correspondantes du *Code du travail*. Un mécanisme, non utilisé à ce jour, est également prévu pour la reconnaissance d'associations de producteurs à l'égard de champs d'activités. La reconnaissance d'une association d'artistes impose pour les producteurs ou associations de producteurs du secteur concerné l'obligation de négocier de bonne foi une entente collective. Encore ici, les mécanismes encadrant la négociation sont manifestement inspirés du *Code du travail* (avis de rencontre, conciliation, arbitrage de différend, réglementation des moyens de pression) avec adaptations. L'entente collective fixe des conditions minimales d'engagement et elle doit comporter une procédure d'arbitrage de griefs. L'artiste conserve sa liberté individuelle de négocier des conditions plus avantageuses. Le régime est administré par une instance spécialisée, la Commission de reconnaissance des associations d'artistes et des associations de producteurs.

2- *La Loi sur le statut professionnel des artistes des arts visuels, des métiers d'art et de la littérature et sur leurs contrats avec les diffuseurs*⁸⁴

Dans le cas de cette loi adoptée en 1988, c'est le produit plutôt que la prestation de l'artiste qui est au centre du régime. Celui-ci vient réglementer le contrat de diffusion, protégeant ainsi les droits patrimoniaux du créateur contre les abus pouvant résulter de la libre négociation entre deux parties de force économique inégale. Le régime reconnaît pour chacun des trois secteurs une association ou un regroupement d'associations d'artistes et les habilite à représenter leurs membres individuellement et collectivement. Elles peuvent notamment négocier des contrats-types avec les diffuseurs ou leurs associations dans la mesure où ils y consentent, ce qui ne s'est pas encore concrétisé.

84. L.R.Q., c. S-32.01 (ci-après citée : « L.s.p.a. »).

3- La *Loi sur les transports*⁸⁵

Face à la déréglementation imminente de l'industrie du transport par camion au Canada, des moyens de pression ont été engagés par des associations regroupant des camionneurs qui ont mené à la création d'un comité d'experts chargé de faire des recommandations au sujet des relations de travail entre camionneurs-proprétaires et donneurs d'ouvrage.⁸⁶ Cette démarche a ultimement mené à des modifications à la *Loi sur les transports*⁸⁷ instituant le Forum sur le camionnage général où se retrouvent les intervenants du secteur (donneurs d'ouvrage et routiers) pour tenter d'en arriver à convenir d'un ou plusieurs contrats commerciaux types.⁸⁸ Les routiers sont représentés par des associations ou regroupements dont la représentativité sera établie par la Commission des transports du Québec. Le routier est défini comme une personne propriétaire d'un seul camion-tracteur, qui n'utilise habituellement que ce seul camion et dont la principale activité, dans le cadre de son entreprise, consiste à conduire ce même camion-tracteur, sans égard au fait qu'il appartienne à une société ou à une personne morale.⁸⁹ Notons que cette définition n'exclut pas que le routier puisse par ailleurs être un salarié au sens du *Code du travail*. En effet, plusieurs groupes de camionneurs propriétaires de leur camion parviennent à se syndiquer en vertu du *Code du travail* ou du *Code canadien du travail*.⁹⁰

4- La *Loi concernant les services de transport par taxi*⁹¹

Les chauffeurs locataires de taxi de Montréal ont échoué dans leur tentative de syndicalisation (1990) pour le motif qu'ils n'étaient pas des salariés au sens du *Code du*

85. L.R.Q., c. T-12 (ci-après citée : « L.t. »).

86. Jean Bernier, M^c Georges Marceau et M^c Michel Towner (dissident), *Rapport du Comité d'experts sur le statut des camionneurs-proprétaires*, rapport remis à la ministre du Travail et au ministre des Transports, Québec, 9 avril 1999, 111 pages avec annexes.

87. *Loi modifiant la loi sur les transports*, L.Q., 2000, c. 35.

88. Un tel contrat-type a vu le jour le 29 octobre 2002.

89. L.t., art. 48.11.01.

90. L.R.C., c. L-2 (ci-après citée : « C.c.t. »).

91. L.R.Q., c. S-6.01.

travail (plus précisément, on ne leur trouvait pas d'employeur).⁹² Dans cette perspective, leur association syndicale a revendiqué un régime de travail particulier. Après l'abandon d'un premier projet de loi concernant les chauffeurs locataires de taxi,⁹³ la *Loi concernant les services de transport par taxi*⁹⁴ a finalement disposé d'un régime encadrant globalement cette industrie (permis, droits et obligations des propriétaires, des chauffeurs et des intermédiaires, pratiques commerciales, tarification, fonctions de la Commission des Transports du Québec, etc.). Ce régime abolit les « ligues du taxi » ne regroupant que des propriétaires et institue un mécanisme de reconnaissance d'une association professionnelle majoritaire de chauffeurs de taxi pour représenter leurs intérêts devant les pouvoirs publics. Les chauffeurs sont les personnes qui détiennent un permis de chauffeur, qu'elles soient propriétaires ou locataires de leur voiture et qu'elles soient à leur propre compte ou salariées. La loi pourvoit au financement de l'association reconnue par une cotisation obligatoire prélevée au moment de l'émission du permis. On note que le rôle conféré à l'association reconnue s'apparente, à certains égards (code de déontologie et comité de discipline, entre autres) à celui d'une corporation professionnelle. Par ailleurs, la loi crée un Forum des intervenants de l'industrie du taxi ayant pour objet notamment de favoriser la concertation de l'industrie sur diverses pratiques commerciales. Ce régime en est à sa phase d'implantation.

92. *Union des chauffeurs de taxi, Métallurgistes unis d'Amérique, local 9217 c. Municipale Taxi Inc.*, (1990) T.T. 138.

93. Projet de loi n° 68, *Loi sur la reconnaissance d'une association de chauffeurs locataires de taxi*, présentation le 10 juin 1999.

94. L.Q., 2001, c. 15.

II- LES RÉGIMES DE NORMES DU TRAVAIL

A) *La Loi sur les normes du travail*⁹⁵

1- Aperçu du régime

Adopté en 1979 en remplacement de la *Loi sur le salaire minimum*,⁹⁶ ce régime établit des normes minimales du travail qui sont d'ordre public. Ces normes portent sur le salaire minimum (fixé par règlement) et sur les modalités de paiement du salaire, sur l'égalité de traitement, sur la durée de travail hebdomadaire aux fins du calcul du temps supplémentaire dont il fixe le taux, sur l'indemnité minimale de présence au travail, sur les périodes de repos hebdomadaire et de repas ainsi que sur les pauses, sur les jours fériés, chômés et payés,⁹⁷ sur les congés annuels (vacances) payés selon la durée du service, sur les congés pour événements familiaux (décès, mariage, congés de maternité, congé parental), sur les préavis de cessation d'emploi ou de mise à pied y compris leur indemnisation compensatoire, sur le droit au travail malgré l'atteinte de l'âge de la retraite, sur la réglementation du travail des enfants et sur d'autres conditions. La loi élève également au rang de normes la protection conférée par les recours qui peuvent être exercés par le salarié en cas de congédiement ou autre mesure illégale (i.e. à cause de l'exercice d'un droit par le salarié) ou de congédiement sans cause juste et suffisante d'un salarié ayant 3 années ou plus de service continu. Elle pourvoit enfin aux recours civils et pénaux qui assurent son application confiée à la Commission des normes du travail. On

95. L.R.Q., c. N-1.1 (ci-après citée : « L.n.t. »). À peine quelques jours avant la remise du présent rapport, l'Assemblée nationale du Québec adoptait la *Loi modifiant la Loi sur les normes du travail et d'autres dispositions législatives*, P.L. n° 143, sanctionnée le 19 décembre 2002, L.Q. 2002, c. 80, dont une grande partie entrera en vigueur le 1^{er} mai 2003. Cette loi apporte des correctifs à un certain nombre de mesures qui, aux yeux du Comité, ne respectaient pas le principe de l'égalité de traitement sans égard au statut du travailleur. Plus loin, nous référerons à cette loi d'amendement en l'appelant le P.L. n° 143.

96. S.Q. 1940, c. 39.

97. En sus de la Fête nationale qui est régie par la *Loi sur la Fête nationale*, L.R.Q., c. F-1.1 (ci-après citée : « L.f.n. »).

note qu'un organisme sans but lucratif de défense des droits des salariés peut soumettre à la Commission toute plainte pour le compte d'un salarié qui l'y autorise par écrit.⁹⁸

La convention collective ou le décret doivent respecter les minima établis par la loi et peuvent y déroger dans un sens plus favorable au salarié. Dans les cas de certaines normes, la loi prévoit des arrimages ou possibilités de dérogation au nom de l'équivalence des conditions de travail négociées ou décrétées. Elle interdit toutefois les disparités de traitement entre salariés effectuant le même travail à l'intérieur du même établissement en fonction de leur date d'embauche.

2- Le statut donnant accès au régime : le salarié

La loi définit le «salarié » en ces termes :

« (...) une personne qui travaille pour un employeur et qui a droit à un salaire; ce mot comprend en outre le travailleur partie à un contrat en vertu duquel :

- i. il s'oblige envers une personne à exécuter un travail déterminé dans le cadre et selon les méthodes et les moyens que cette personne détermine;
- ii. il s'oblige à fournir, pour l'exécution du contrat, le matériel, l'équipement, les matières premières ou la marchandise choisis par cette personne, et à les utiliser de la façon qu'elle indique;
- iii. il conserve, à titre de rémunération, le montant qui lui reste de la somme reçue conformément au contrat, après déduction des frais d'exécution de ce contrat ».⁹⁹

98. L.n.t., art. 102.

99. *Id.*, art. 1, paragr. 10°.

La première partie de cette définition ressemble à celle du *Code du travail* à cette différence près que l'expression « moyennant rémunération » est remplacée par « qui a droit à un salaire ». La doctrine n'en tire aucune conclusion particulière et considère que l'ensemble réfère au contrat de travail caractérisé par le lien de subordination. À l'égard de cette partie de la définition, on peut donc retenir que la jurisprudence interprétant la notion de salarié¹⁰⁰ en vertu du *Code du travail* est applicable.

On s'est par ailleurs interrogé sur le sens à donner à la partie de la définition relative au « travailleur partie à un contrat » qui décrit trois éléments de contenu. Certains y ont vu l'apparition du concept « d'entrepreneur dépendant » et une ouverture à la notion de dépendance économique. Le libellé de la définition qui n'emploie ni la dénomination « entrepreneur dépendant » ni l'expression « dépendance économique » ne justifie pas cette perception.

Quant à la jurisprudence qui a interprété cette définition, elle a retenu que si les trois éléments de contenu mentionnés sont présents, le travailleur est indubitablement un salarié au sens de la loi. S'il en manquait un, alors il faudrait se référer aux critères dont nous avons déjà fait état relativement au *Code du travail* pour distinguer si le travailleur est un salarié ou un entrepreneur indépendant.

3- Application aux statuts atypiques

a. Les situations d'inclusion

Encore ici, il ne résultera aucune exclusion de la notion de salarié du fait que le travail soit fourni à temps partiel, sur une base occasionnelle ou sur appel, qu'il s'exécute à domicile ou du fait que la relation contractuelle soit à durée déterminée. Certaines dispositions donnent d'ailleurs à interpréter que ces situations ont été expressément envisagées par le Législateur. C'est notamment le cas lorsque la loi interdit une disparité

100. Sans égard aux exclusions prévues au *Code du travail*.

de salaire en raison d'un nombre moindre d'heures travaillées.¹⁰¹ C'est aussi le cas lorsque la loi précise qu'elle s'applique «au salarié quel que soit l'endroit où il exécute son travail».¹⁰² Cela se déduit également du fait que l'employeur est dispensé du préavis de fin d'emploi à l'égard du salarié «dont le contrat pour une durée déterminée ou pour une entreprise déterminée expire».¹⁰³

b. Les situations d'exclusion

Comme dans le cas du *Code du travail*, «l'entrepreneur indépendant» ou le travailleur réellement autonome sont des non salariés exclus du champ d'application du régime. Une consultation de l'état de la jurisprudence en vertu de la *Loi sur les normes du travail* confirme que les critères et indices utilisés sont sensiblement les mêmes.

Relevons que le Législateur s'est réservé le droit d'exclure de l'application de la loi le «travailleur partie à un contrat» (art. 1, paragr. 10^o précité) «si le gouvernement détermine par règlement en vertu d'une autre loi, la rémunération de ce salarié ou le tarif qui lui est applicable».¹⁰⁴

D'autre part, la loi exclut complètement du régime un salarié :

« (...) dont la fonction exclusive est d'assumer la garde ou de prendre soin dans un logement d'un enfant, d'un malade, d'une personne handicapée ou d'une personne âgée, y compris le cas échéant, d'effectuer des travaux ménagers qui sont directement reliés aux besoins immédiats de cette

101. L.n.t., art. 41.1.

102. *Id.*, art. 2.

103. *Id.*, art. 82.1, paragr. 2^o.

104. *Id.*, art. 3, paragr. 4^o.

personne, si l'employeur ne poursuit pas, au moyen de ce travail, des fins lucratives ». ¹⁰⁵

L'exclusion repose ici sur un type de fonctions, sur le lieu de leur exécution, sur l'identité de ses bénéficiaires et sur la nature de l'entreprise (à but non lucratif) de l'employeur.

Enfin, la loi recourt à la technique de l'exclusion partielle. En effet, certaines catégories de salariés sont exclues de l'application de certaines normes seulement ou ne sont assujetties qu'à une ou quelques normes. Ces situations, dans la mesure où elles concernent des salariés en situation de travail non traditionnelle, seront examinées dans le chapitre suivant.

B) La Loi sur la santé et la sécurité du travail¹⁰⁶

1- Aperçu du régime

Adoptée en 1979, cette loi a pour objet « l'élimination à la source même des dangers pour la santé, la sécurité et l'intégrité physique des travailleurs ». ¹⁰⁷ Le régime est d'ordre public et on ne peut déroger aux normes minimales qu'il établit. Il impose à l'employeur de prendre les mesures nécessaires pour protéger la santé, la sécurité et l'intégrité physique du travailleur. ¹⁰⁸ La loi institue le droit de refus en faveur du travailleur qui a des motifs raisonnables de croire que son travail l'expose ou expose une autre personne à un danger pour sa santé, sa sécurité ou son intégrité physique. ¹⁰⁹ Elle procure également

105. *Id.*, art. 3, paragr. 2°. Le P.L. n° 143, art. 2, paragr. 1°, L.Q. 2002, c. 80, a réduit la portée de cette exclusion.

106. L.R.Q., c. S-2.1 (ci-après citée : « L.s.s.t. »).

107. *Id.*, art. 2.

108. *Id.*, art. 50.

109. *Id.*, art. 12 et s.

un droit au retrait préventif pour le travailleur exposé à un contaminant¹¹⁰ et pour la travailleuse enceinte ou qui allaite.¹¹¹

Pour la réalisation de son objet, le régime repose sur le paritarisme en établissant des mécanismes de participation aux niveaux local (comité de santé et de sécurité) et sectoriel (association sectorielle paritaire de santé et de sécurité) des travailleurs et de leurs associations ainsi que des employeurs et de leurs associations. L'inspection locale est assurée d'une part par un représentant à la prévention désigné parmi les travailleurs et d'autre part par les inspecteurs de la Commission de la santé et de la sécurité du travail (CSST). Celle-ci, où sont représentés les milieux patronal et syndical, est chargée d'élaborer, de proposer et de mettre en application des politiques en matière de santé et de sécurité au travail et de soutenir les diverses instances qui mettent en œuvre le régime.

2- Le statut donnant accès au régime : le travailleur

Le travailleur est défini comme suit :

« une personne qui exécute, en vertu d'un contrat de travail ou d'un contrat d'apprentissage, même sans rémunération, un travail pour un employeur, y compris un étudiant dans les cas déterminés par règlement, à l'exception : (...) ». ¹¹²

La notion de travailleur réfère expressément au contrat de travail (i.e. exigence de prestation de travail, de rémunération et de lien de subordination) et au contrat d'apprentissage (mêmes éléments avec possibilité d'absence de rémunération). Par

110. *Id.*, art. 32 et s.

111. *Id.*, art. 40 et s.

112. *Id.*, art. 1.

ailleurs, la loi participe de la même logique que le *Code du travail* en excluant de cette notion les représentants de l'employeur.¹¹³

3- Application aux statuts atypiques

a. Les situations d'inclusion

Aucune des dispositions de la loi n'exclut de la notion de travailleur des personnes en situation de contrat de travail ou de contrat d'apprentissage qui fourniraient leur prestation de travail à temps partiel, sur une base occasionnelle ou sur appel ou pour une durée déterminée.

De la même manière, il faut conclure que le travailleur à domicile n'est pas davantage exclu. Cependant une telle situation rend plutôt théorique la possibilité pour le travailleur d'exercer ses droits et pour l'employeur d'assumer ses obligations. De plus, une simple lecture des définitions des termes «établissement» et «lieu de travail»¹¹⁴ fait voir que l'hypothèse du travail à domicile est peu compatible avec l'application de la loi sur la base de ces notions centrales.

b. Les situations d'exclusion

La loi impose des obligations et procure des droits tant aux travailleurs qu'aux employeurs. En ce sens, ces deux statuts délimitent le champ d'application de la loi. Par ailleurs, étant donné l'objet du régime, il était nécessaire de disposer des droits et obligations des personnes qui, bien que n'étant ni travailleurs ni employeurs, se trouvent néanmoins présents et fournissent une prestation de travail sur le lieu de travail visé par la loi.

113. *Ibidem*, sous réserve d'un assujettissement partiel, voir arts 8 et 11.

114. *Id.*, art. 1. La notion d'établissement exclut les « locaux privés à usage d'habitation ». La définition du lieu de travail semble postuler une obligation d'y être présent.

Sans emprunter une terminologie spécifique (ex. entrepreneur indépendant ou travailleur autonome), la loi stipule :

« Une personne physique faisant affaires pour son propre compte, qui exécute, pour autrui et sans l'aide de travailleurs, des travaux sur un lieu de travail où se trouvent des travailleurs, est tenue aux obligations imposées à un travailleur en vertu de la présente loi et des règlements.

De plus, elle doit alors se conformer aux obligations que cette loi ou les règlements imposent à un employeur en ce qui concerne les produits, procédés, équipements, matériels, contaminants ou matières dangereuses ». ¹¹⁵

Ainsi, le véritable travailleur indépendant n'est pas à proprement parler « exclu » du régime. S'il fournit lui-même une prestation de travail, il ne peut bénéficier des droits réservés au travailleur. Par contre, s'il travaille sans l'aide de travailleurs (à son emploi), il assumera les obligations du travailleur ¹¹⁶ et, à l'égard des matières dangereuses, celles de l'employeur. D'autre part, s'il travaille avec l'aide de travailleurs, en plus d'assumer personnellement les obligations du travailleur, ¹¹⁷ il sera considéré comme un employeur vis-à-vis ses propres travailleurs avec tous les droits et obligations que ce statut comporte.

115. *Id.*, art. 7.

116. *Ibid.* : «Le travailleur doit: 1° prendre connaissance du programme de prévention qui lui est applicable; 2° prendre les mesures nécessaires pour protéger sa santé, sa sécurité ou son intégrité physique; 3° veiller à ne pas mettre en danger la santé, la sécurité ou l'intégrité physique des autres personnes qui se trouvent sur les lieux de travail ou à proximité des lieux de travail; 4° se soumettre aux examens de santé exigés pour l'application de la présente loi et des règlements; 5° participer à l'identification et à l'élimination des risques d'accidents du travail et de maladies professionnelles sur le lieu de travail; 6° collaborer avec le comité de santé et de sécurité et, le cas échéant, avec le comité de chantier ainsi qu'avec toute personne chargée de l'application de la présente loi et des règlements ».

117. *Id.*, art. 8.

C) *La Loi sur l'équité salariale*¹¹⁸

1- Aperçu du régime

Entré en vigueur le 21 novembre 1997, ce régime a pour objet de corriger les écarts salariaux dus à la discrimination systémique fondée sur le sexe à l'égard des personnes qui occupent des emplois dans des catégories d'emplois à prédominance féminine. Ces écarts s'apprécient au sein d'une même entreprise en comparant toutes les catégories d'emplois à prédominance féminine à des catégories d'emplois à prédominance masculine. Dans l'entreprise où il n'existe pas de catégorie d'emplois à prédominance masculine, l'employeur devra utiliser des catégories d'emplois types pour effectuer les comparaisons nécessaires.

Si les salaires des catégories d'emplois à prédominance féminine s'avèrent inférieurs à ceux des catégories d'emplois à prédominance masculine, l'employeur devra effectuer des ajustements salariaux pour les catégories d'emplois à prédominance féminine. Le salaire des femmes et des hommes occupant ces emplois sera alors réajusté. Par ailleurs, l'employeur ne pourra diminuer les autres salaires pour corriger les écarts salariaux.

La loi est d'ordre public et on ne peut y déroger par contrat, décret ou convention collective. Elle ne s'applique toutefois qu'aux entreprises employant 10 personnes salariées ou plus. Les obligations qui y sont prévues sont modulées selon la taille des entreprises. L'employeur dont l'entreprise compte 100 personnes salariées ou plus doit établir un programme d'équité salariale dans son entreprise et constituer un comité d'équité salariale. Dans le cas de l'entreprise de 99 salariés et moins, l'employeur n'est pas tenu de former un comité d'équité salariale. Dans celui de l'entreprise de 49 salariés et moins, il n'y a pas obligation d'établir un programme d'équité salariale.

118. L.R.Q., c. E-12.001 (ci-après citée : « L.é.s. »).

2- Le statut donnant accès au régime : le salarié

La loi le définit comme suit :

« Est un salarié toute personne physique qui s'oblige à exécuter un travail moyennant rémunération, sous la direction ou le contrôle d'un employeur, à l'exception : (...) ». ¹¹⁹

Cette définition renvoie au contrat de travail en vertu du *Code civil du Québec*, ce qui rend applicable la jurisprudence relative à la notion de salarié exigeant un lien de subordination. La frontière entre les statuts de salarié et d'entrepreneur indépendant sera sujette à des débats similaires à ceux qui ont été évoqués relativement au *Code du travail*.

Toutefois, à la différence des autres lois du travail étudiées jusqu'ici, cette loi crée un statut de « travailleur autonome » et précise :

« La présente loi ne s'applique pas à un travailleur autonome, à savoir une personne physique qui fait affaires pour son propre compte, seule ou en société, et qui n'a pas de salarié à son emploi ». ¹²⁰

Cette définition a été empruntée intégralement à la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles* ¹²¹ à la seule différence qu'elle l'utilise pour définir « salarié »

119. *Id.*, art. 8. Les exclusions visent notamment les cadres supérieurs, les stagiaires, les étudiantes et les étudiants qui travaillent durant leurs vacances ainsi que les policiers et pompiers.

120. *Id.*, art. 9, al. 1.

121. L.R.Q., c. A-3.001 (ci-après citée : « L.a.t.m.p. »).

au lieu du «travailleur ». Ses implications au plan de l'inclusion-exclusion seront traitées plus bas.

3- Application aux statuts atypiques

a. Les situations d'inclusion

La loi s'applique à toute personne salariée, qu'elle travaille à plein temps, à temps partiel, occasionnel, régulier ou temporaire ou pour une durée déterminée ou indéterminée. Elle s'appliquera également à la personne salariée travaillant à domicile.

Le régime s'applique également au «travailleur autonome » qui est assimilé au « salarié » en ces termes :

« Est considéré être un salarié à l'emploi d'une personne le travailleur autonome qui, dans le cours de ses affaires, exerce pour celle-ci des activités similaires ou connexes à celles de l'entreprise de cette personne, sauf :

1. s'il exerce ces activités :
 - a) simultanément pour plusieurs personnes;
 - b) dans le cadre d'un échange de services, rémunérés ou non, avec un autre travailleur autonome exerçant des activités semblables;
 - c) pour plusieurs personnes à tour de rôle, qu'il fournit l'équipement requis et que les travaux pour chaque personne sont de courte durée; ou
2. s'il s'agit d'activités qui ne sont que sporadiquement requises par la personne qui retient ses services ». ¹²²

122. L.é.s., art. 9, al. 2.

Encore ici, cette technique de présomption avec exceptions est calquée sur la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*.

Il y a donc inclusion dans le régime du travailleur autonome au sens de la loi lorsqu'il exerce pour l'entreprise-cliente des activités similaires ou connexes à celles de cette entreprise. Cette présomption de salariat n'opère cependant pas lorsque la prestation est fournie dans l'une ou l'autre des quatre situations décrites, notamment la pluralité de clients simultanément, la pluralité de clients successivement pour des travaux de courte durée et avec fourniture d'équipements ou lorsque, du point de vue de l'entreprise-cliente, la nature des activités du travailleur autonome fait que ses services ne sont que sporadiquement requis.

b. Les situations d'exclusion

Par rapport aux situations de travail qui nous intéressent, les seules catégories exclues seront l'entrepreneur indépendant ou la personne qui ne se qualifie pas comme travailleur autonome au regard de la définition donnée par la loi (notamment parce qu'elle a des salariés à son emploi) et le travailleur autonome qui serait présumé salarié mais qui tombe dans les cas d'exception prévus à la loi. Notons que ces cas reflètent des caractéristiques typiques de l'entrepreneur indépendant qui ont été évoquées plus haut relativement à la jurisprudence élaborée à partir de la notion de salarié en vertu du *Code du travail*.

III- LES RÉGIMES DE PROTECTION DU REVENU

A) *La Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*¹²³

1- Aperçu du régime

Issu d'une réforme en profondeur (1985), ce régime administré par la Commission de la santé et de la sécurité du travail (CSST) vise à indemniser le travailleur victime d'une lésion professionnelle que ce soit une maladie développée au travail ou une lésion survenue à la suite d'un accident du travail. Les victimes de lésions professionnelles sont admissibles à diverses catégories de prestations. Celles-ci peuvent prendre la forme d'indemnités de remplacement du revenu, d'indemnités pour préjudice corporel (permanent), d'indemnités de décès sous forme de rentes au bénéfice des personnes à charge (conjoint, enfant mineur, parents, etc.) et d'un certain nombre d'autres indemnités (vêtements, prothèses, cotisation de retraite ou frais accessoires aux soins). Pour être admissible à l'indemnité de remplacement du revenu, un travailleur victime d'une lésion professionnelle doit être incapable d'exercer son emploi en raison de cette lésion et ce, tant qu'elle n'est pas consolidée. Cette indemnité équivaut à 90 % de son revenu net annuel. La loi attribue aux travailleurs victimes de lésions professionnelles le droit au retour au travail et le droit à la réadaptation en vue d'une réinsertion sociale et professionnelle de l'accidenté.

Le régime est financé par les cotisations des employeurs, ceux-ci étant classés dans une ou plusieurs unités de classification économiques aux fins de la cotisation. La cotisation de l'employeur est également ajustée selon la somme des déboursés lui ayant été imputés au cours de l'année précédente.¹²⁴ Soulignons qu'il s'agit d'un régime sans égard à la faute de quiconque. En effet, la loi stipule que le travailleur victime d'une lésion

123. L.a.t.m.p., précitée.

124. *Règlement sur le système de cotisation basé sur le mérite ou le démérite des employeurs*, L.R.Q., c. A-3.001, r. 2.2.

professionnelle ne peut intenter une action en responsabilité civile contre son employeur en raison de sa lésion.¹²⁵ La même interdiction s'applique dans le cas d'un travailleur qui décède en raison d'une lésion professionnelle.¹²⁶ Mentionnons enfin que la notion de « lésion professionnelle » exclut la blessure survenue uniquement à cause de la négligence grossière et volontaire du travailleur, à moins qu'elle n'entraîne son décès ou une atteinte permanente grave à son intégrité physique ou psychique.¹²⁷

2- Les statuts donnant accès au régime : le travailleur et autres catégories de personnes

Le régime des accidents du travail et des maladies professionnelles s'applique non pas au « salarié » mais au « travailleur ». Cette notion est définie ainsi :

« une personne physique qui exécute un travail pour un employeur, moyennant rémunération, en vertu d'un contrat de travail ou d'apprentissage, à l'exclusion : 1) du domestique; 2) de la personne physique engagée par un particulier pour garder un enfant, un malade, une personne handicapée ou une personne âgée, et qui ne réside pas dans le logement de ce particulier; 3) de la personne qui pratique le sport qui constitue sa principale source de revenus ». ¹²⁸

Les éléments développés par la jurisprudence relativement au contrat de travail et à la notion de salarié en droit civil s'appliquent pour déterminer l'accès au statut de travailleur. L'élément de subordination sera donc déterminant. La distinction entre le statut de travailleur et d'entrepreneur indépendant est, ici encore, tributaire des débats similaires déjà évoqués relativement au *Code du travail*. Toutefois, en ce qui concerne la

125. L.a.t.m.p., art. 438.

126. *Id.*, art. 439.

127. *Id.*, art. 27.

128. *Id.*, art. 2.

Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles (L.a.t.m.p.), ces débats se situent souvent au niveau de la détermination de la quote-part de la cotisation à verser.

Par ailleurs, la L.a.t.m.p. crée un statut de «travailleur autonome » ainsi défini :

« une personne physique qui fait affaires pour son propre compte, seule ou en société, et qui n'a pas de travailleur à son emploi ». ¹²⁹

Le travailleur autonome peut soit être bénéficiaire du régime s'il exécute son travail dans certaines conditions, soit, si ces conditions ne sont pas remplies, se rendre néanmoins admissible au régime.

3- Application aux statuts atypiques

a. Les situations d'inclusion

i. L'inclusion statutaire

La personne qui travaille à temps partiel, sur appel ou occasionnellement ou pour une durée déterminée est couverte par le régime dans la mesure où elle est un «travailleur » au sens de la loi. Il en sera de même pour la personne travaillant à domicile.

Par ailleurs, la loi prévoit expressément que la personne qui se qualifie comme « travailleur autonome » sera assimilée au «travailleur » et donc couverte par le régime dans l'éventualité où elle «exerce pour une personne des activités similaires ou connexes à celles qui sont exercées dans l'établissement de cette personne est considéré un travailleur à l'emploi de celle-ci». ¹³⁰ Toutefois, le même article 9 édicte que cette

129. *Ibid.*

130. *Id.*, art. 9.

assimilation au statut de travailleur ne s'applique pas si le travailleur autonome se trouve dans l'une ou l'autre de quatre situations suivantes :

« (...) 1. s'il exerce ces activités :

- a) simultanément pour plusieurs personnes;
- b) dans le cadre d'un échange de services, rémunérés ou non, avec un autre travailleur autonome exerçant des activités semblables;
- c) pour plusieurs personnes à tour de rôle, qu'il fournit l'équipement requis et que les travaux pour chaque personne sont de courte durée; ou

2. s'il s'agit d'activités qui ne sont que sporadiquement requises par la personne qui retient ses services ».

Au regard de l'application de l'article 9, le cas de travailleuses autonomes de l'industrie du vêtement, industrie caractérisée par des recours fréquents à la sous-traitance, qui exécutent leur travail à domicile a donné lieu à une jurisprudence incertaine.¹³¹

-
131. À titre illustratif, voir : 1) *Confection Loudapier c. C.S.S.T.*, (1994) C.A.L.P. 11. Dans cette affaire, on a décidé que l'article 9 s'applique à des couturières à domicile dont le statut de travailleuses autonomes n'est pas contesté. Le commissaire considère qu'elles font des travaux similaires à ceux exercés par les travailleuses de l'usine : « Il est difficile de prétendre que les activités de finition (nota : faites par les travailleuses d'usine) n'ont aucun rapport étroit avec l'assemblage de la robe (nota : fait par les travailleuses autonomes). Il s'agit (...) d'activités de même nature et du même ordre. Elles sont à ce point dépendantes l'une de l'autre que, sans assemblage et sans finition, les robes sont impropres à la vente ». Après avoir rejeté les exceptions des paragraphes 1 et 2 de l'article 9, notamment parce que les mêmes travailleuses reviennent d'année en année et que, sauf exceptions, elles ne peuvent exercer d'autres activités lorsqu'elles sont sous contrat, en raison de la charge de travail, le commissaire en conclut qu'elles sont des travailleuses autonomes qui doivent être considérées à l'emploi de l'appelante. 2) *Confection L.D.G. Enr. c. C.S.S.T.*, (1997) C.A.L.P. 354. Les faits dans cette affaire étaient semblables à ceux dans la décision précédente, à la différence qu'il s'agissait d'un contrat de sous-traitance entre une petite compagnie (Confection L.D.G.), elle-même sous contrat avec une plus grande compagnie et une travailleuse autonome. Le commissaire, ayant observé l'absence d'éléments de contrôle sur le travail, les équipements, les horaires et l'exécution des travaux de couture en plus du caractère irrégulier et non-exclusif des travaux de sous-traitance, conclut au non-assujettissement de la travailleuse autonome sous-traitante. Il justifie également sa décision de ne pas considérer Confection L.D.G. comme un employeur par l'absence d'établissement tel que défini à la loi. Il mentionne : « Confection LDG ne peut être un employeur vu qu'il n'y a pas d'établissement tel que requis par la loi. Il ne fournit pas de locaux à qui que ce soit et l'endroit utilisé par l'entreprise fait partie de la résidence même de (la dirigeante de confection LDG) ». 3) *Richard Adam Enr. c. C.S.S.T.*, (1998) C.A.L.P. 141. Cette décision remet en question certains éléments de la décision précédente. Dans cette affaire, il s'agissait d'une entreprise faisant exécuter des travaux de confection par des couturières à domicile, reconnues par les parties comme des travailleuses autonomes. La commissaire conclut que ces travailleuses effectuent des travaux similaires ou connexes à ceux exercés par Richard Adam Enr. et conclut donc à leur assujettissement à la L.a.t.m.p. via l'article 9. Se démarquant en cela de la décision précédente, elle souligne : « On doit également se rappeler, lorsqu'on interprète (l'article 9), qu'on vise des travailleurs autonomes tels que définis à l'article 2 de la L.a.t.m.p. Il y a donc absence de contrôle et de subordination entre le travailleur autonome et la personne pour qui il exerce ces activités. » Relativement à la notion d'établissement, elle rejette ainsi des arguments similaires à ceux acceptés dans la décision L.D.G. : « La Commission d'appel estime que, lorsqu'il s'agit de décider de l'existence d'un établissement au sens de la L.a.t.m.p., on doit s'en tenir à cette définition et non pas ajouter d'autres critères comme c'est le cas dans l'affaire Confection LDG enr. où l'on mentionnait que l'employeur n'avait pas d'établissement parce que, entre autres, il ne fournissait pas de locaux aux couturières à domicile. (...) Le fait que le site où se retrouve ses installations et son équipement soit sa résidence privée n'empêche pas qu'il s'agit d'un établissement au sens de la L.a.t.m.p. L'exclusion des locaux privés pour fins d'habitation dans la définition d'établissement ne vise pas le cas où un employeur exploite ses activités économiques à son domicile. Cette exclusion vise seulement les locaux privés pour fins d'habitation que prête l'employeur à ses travailleurs pour les fins d'hébergement, de loisirs et de repas ».

ii. L'inclusion volontaire optionnelle

D'autre part, à l'égard d'une personne qui serait travailleur autonome au sens de la loi sans toutefois bénéficier du statut de travailleur par assimilation ainsi qu'en dispose l'article 9, la loi offre la possibilité d'une adhésion volontaire au régime si elle s'y inscrit.¹³²

La possibilité d'inscription volontaire est également offerte au domestique que la loi définit ainsi :

« une personne physique, engagée par un particulier moyennant rémunération, qui a pour fonction principale, dans le logement de ce particulier : 1) d'effectuer des travaux ménagers; ou 2) alors qu'elle réside dans ce logement, de garder un enfant, un malade, une personne handicapée ou une personne âgée ».

Ajoutons qu'une association de travailleurs autonomes ou de domestiques peut également inscrire ses membres. Qu'il s'agisse d'individus ou d'associations, ceux-ci devront assumer la totalité de la cotisation exigible. De plus, le particulier qui engage un travailleur autonome peut aussi l'inscrire; il sera alors considéré comme son employeur aux fins de la cotisation. Enfin, l'employeur et l'administrateur d'une personne morale peuvent également s'inscrire à titre individuel.

b. Les situations d'exclusion

Sont statutairement exclus du régime : le réel entrepreneur indépendant, la personne qui ne se qualifie pas comme travailleur autonome en regard de la définition donnée par la loi

132. L.a.t.m.p., art. 18 et s.

(notamment parce qu'elle a des travailleurs à son emploi) et le travailleur autonome au sens de la loi qui ne satisfait pas aux conditions d'assimilation de l'article 9 (ce qui peut être le cas pour plusieurs travailleurs autonomes à domicile et ce qui pourrait être le cas de certains « occasionnels » parce qu'ils fourniraient des services qui ne seraient utilisés que sporadiquement par un employeur).¹³³

Sont aussi exclus statutairement le domestique au sens de la loi ainsi que la « personne physique engagée par un particulier pour garder un enfant, un malade, une personne handicapée ou une personne âgée, et qui ne réside pas dans le logement de ce particulier ». ¹³⁴

Toutefois, tel qu'expliqué plus haut, plusieurs de ces catégories bénéficient d'une admissibilité au régime s'il y a inscription et contribution volontaires.

B) La Loi sur le régime de rentes du Québec¹³⁵

1- Aperçu du régime

Le Régime de rentes du Québec est un régime d'assurance public et obligatoire. Il offre aux personnes qui travaillent ou ont déjà travaillé au Québec, ainsi qu'à leurs proches, une protection financière de base lors de la retraite (rente de retraite), du décès (prestations de survivants) ou en cas d'invalidité (prestations d'invalidité).

Les conditions d'admission aux bénéficiaires du régime varient d'un type de rente ou de prestation à l'autre. En ce qui concerne la rente de retraite, il faut avoir au moins 60 ans,

133. *Id.*, art. 9, paragr. 2°.

134. *Id.*, art. 2 sous « *travailleur* ».

135. L.R.Q., c. R-9 (ci-après citée : « L.r.r.Q. »).

avoir cotisé au moins une année au Régime et avoir cessé de travailler ou l'équivalent.¹³⁶ Le montant de la rente est calculé selon l'âge et les revenus de travail sur lesquels le participant a cotisé. Il faut par ailleurs souligner qu'à compter de l'âge de 65 ans, il n'est plus nécessaire d'avoir cessé de travailler pour avoir droit à une rente de retraite. Pour les autres types de prestation, en plus de l'événement donnant droit à la prestation (décès, invalidité rendant incapable de gagner plus de 11 472 \$ par année),¹³⁷ il faut notamment que la personne ait suffisamment cotisé au régime.¹³⁸ Mentionnons enfin qu'il existe des règles spécifiques relatives au cumul de prestations accordées en vertu de cette loi, mais aussi de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*¹³⁹ et de la *Loi sur l'assurance automobile*.¹⁴⁰

Le Régime est financé par les cotisations des travailleurs et des employeurs du Québec. Ces cotisations sont perçues par le ministère du Revenu du Québec et elles sont gérées par la Caisse des dépôts et placements du Québec.

L'obligation de cotiser s'applique à toute personne âgée de 18 ans ou plus dont les revenus de travail sont supérieurs à l'exemption générale de 3 500 \$. Le taux de cotisation est actuellement de 9,4 % des revenus bruts compris entre l'exemption générale et le maximum des gains admissibles (MGA qui est de 39 100 \$). Le paiement de ce taux de cotisation est réparti à parts égales entre le salarié et son employeur. Le travailleur autonome doit quant à lui en assumer pleinement le paiement. La loi comporte

136. Deux situations équivalent à avoir cessé de travailler : 1° Estimer avoir des revenus de travail n'excédant pas 9 775 \$ pour les 12 mois suivant le début de la rente, 2° Avoir pris une entente avec son employeur comprenant une réduction de 20 % de son salaire en vue de la retraite ou 3° être en congé de préretraite.

137. Ce montant, présenté sur le site internet de la Régie, résulte d'un calcul établi aux articles 95, 123 et 124 de la Loi, ainsi qu'à l'article 17 du *Règlement sur les prestations*, (R-9, r. 5.1, D. 967-94, 1994 GOQ II 3213).

138. Voir les articles 106 et 107 de la L.R.Q. pour connaître les critères d'admission exacts pour chacune de ces prestations.

139. Précitée.

140. L.R.Q., c. A-25.

quelques exceptions spécifiques, mais elles ne visent pas particulièrement des travailleurs atypiques et elles sont majoritairement annihilées par règlement.¹⁴¹

2- Le statut donnant accès au régime : le cotisant

La loi définit le « travail » comme « l'exécution d'un contrat de travail ou l'exercice d'une charge ».¹⁴² Elle dispose que :

« Tout travail au Québec est visé par la Loi sur le régime de rentes du Québec (chapitre R-9), sauf s'il est exclu par la loi ou un règlement ».¹⁴³

Le «travailleur » est «un particulier qui exécute un travail autonome ou un salarié ».¹⁴⁴

Le «salarié » est «un particulier qui exécute un travail en vertu d'un contrat de travail ou occupe une charge ».¹⁴⁵ L'«employeur » est celui «qui verse à un salarié une rémunération pour ses services ».¹⁴⁶ Quant au « travail autonome », c'est le « travail qu'un particulier exécute pour son propre compte ».¹⁴⁷ Enfin, on définit le « cotisant » comme «un travailleur qui a versé une cotisation à titre de salarié ou de travailleur autonome (...) ».¹⁴⁸

L'accessibilité aux bénéficiaires du régime tient strictement à la survenance d'une condition (âge, décès, invalidité) et au fait d'avoir cotisé, ce qui implique des revenus de travail.

141. L.r.r.Q., art. 4 conférant à la Régie des rentes du Québec le pouvoir réglementaire de décréter que du travail exclu soit considéré comme du travail visé au sens de la loi.

142. *Id.*, art. 1, paragr. c).

143. *Id.*, art. 2, pour le travail exclu, voir art. 3 et s.

144. *Id.*, art. 1, paragr. h).

145. *Id.*, art. 1, paragr. g).

146. *Id.*, art. 1, paragr. i).

147. *Id.*, art. 1, paragr. d).

148. *Id.*, art. 1, paragr. l).

La cotisation est universelle (sous réserve de l'âge, du montant de l'exemption générale et autres exceptions) que la personne soit salariée au sens classique (i.e. lien de subordination à l'égard d'employeurs) ou qu'elle soit dans une situation de travail indépendant ou autonome.

3- Application aux statuts atypiques

Les situations de travail atypiques ne sont donc pas des cas d'exclusion.

Le seul véritable enjeu se situe au niveau du partage du paiement de la cotisation en regard du statut de celui qui a des revenus de travail selon que le travail soit salarié ou autonome.

En effet, s'il est établi qu'un lien de salariat unit une personne à son employeur, les cotisations seront réparties à part égales, chacun assumant le paiement d'une somme équivalant à 4,7 % du salaire brut du salarié. Les paiements dus par un salarié sont prélevés par l'employeur à chaque période de paie.¹⁴⁹ Il doit remettre les deux parts de cotisation au ministre du Revenu, conformément à la *Loi sur l'impôt*.¹⁵⁰ Le travailleur autonome, quant à lui, est tenu de faire des versements en acompte pour sa cotisation s'il est tenu d'en faire pour l'impôt.

Les bulletins d'interprétation de Revenu Québec et la jurisprudence sur la distinction salarié/travailleur autonome, même s'ils envisagent la question sous l'angle de la qualification du revenu d'emploi par rapport au revenu d'entreprise, retiennent des critères analogues à ceux qui sont issus de l'interprétation des lois du travail : subordination effective du travail (y compris l'exécution personnelle du contrat), critères

149. *Id.*, art. 59.

150. L.R.Q., c. I-2, art. 1015.

économiques, propriété des outils, intégration des travaux effectués à l'entreprise, travail impliquant un résultat spécifique et attitude des parties dans leurs relations.¹⁵¹

La détermination du statut de travailleur autonome au plan fiscal se fait à l'aide d'un questionnaire qui est transmis au ministère du Revenu.¹⁵² Le résultat vaudra autant pour les fins de la *Loi sur l'impôt* que pour celles du Régime des rentes du Québec. Le cas des travailleurs autonomes qui n'ont qu'un seul client constitue le principal foyer de contestation.

151. À titre illustratif : Dans *Services de santé Marleen Tassé ltée c. Québec (Sous-ministre du Revenu)*, C.Q., 550-02-009684-986, 11 juillet 2000, j. Dagenais, on a considéré par ordre d'importance des critères comme l'existence d'un lien de subordination, la façon dont le travail est exécuté, l'assumption des risques de perte, la propriété des outils et les chances de profits comme permettant de distinguer le statut d'un salarié de celui d'un travailleur autonome et on a conclu au statut de salarié des personnes travaillant pour une agence de soins spécialisés. Dans *97980 Canada inc. c. Québec (Sous-ministre du Revenu)*, C.Q., 500-02-073167-996, 27 juin 2001, j. Dumais, les critères de la « fourchette à quatre dents » additionnés de l'intégration à l'entreprise ont permis de conclure au statut de salarié de travailleurs spécialisés (avec un certain degré d'autonomie) dans les feux d'artifices. Dans *Services Barbara-Rourke Adaptation Réadaptation c. Québec (Sous-ministre du revenu)*, C.A., 200-09-002922-992, 18 mars 2002, juges Robert, Rochette et Morin, des personnes agissant à titre de ressources intermédiaires auprès de bénéficiaires d'un centre de réadaptation ont été considérés comme des salariés de la compagnie exploitant le centre de réadaptation, en raison de l'obligation d'agir à titre personnel (et non à titre de société), du lien de subordination et de l'absence de certains éléments caractéristiques de l'entrepreneur (fourniture des outils de travail, propriété de la résidence, paiement du loyer, possibilité de faire des profits ou de subir des pertes). Dans *9046-2953 Québec inc. c. Québec (Sous-ministre du Revenu)*, C.Q., 460-02-000400-988, 6 juin 2000, j. Duchesne, des couturières à domicile ont été considérées comme des travailleuses autonomes, puisque les critères traditionnels permettant de conclure au statut de travailleur autonome étaient à peu près tous présents : absence de contrôle et de subordination, propriété des outils, chance de profits et risque de perte.

152. Formulaire numéro RR-65.A.

C) La Loi sur les régimes complémentaires de retraites¹⁵³

1- Aperçu du régime

Cette loi-cadre, également appliquée par la Régie des rentes du Québec, régit d'une part les régimes de retraite complémentaires (ou instruments d'épargne-retraite) généralement établis par les employeurs (i.e. les régimes privés traditionnels aussi appelés fonds de pension ainsi que les régimes de retraite simplifiés) et, d'autre part, prévoit les conditions d'admissibilité des « instruments de transfert » (i.e. les comptes de retraite immobilisés, les fonds de revenus viagers ainsi que les contrats de rente viagère) qui serviront à accueillir, lorsque nécessaire, les sommes issues des régimes complémentaires. Elle ne s'applique pas aux régimes auxquels l'employeur n'est pas tenu de cotiser, à ceux établis par une loi ainsi qu'à un certain nombre d'autres.¹⁵⁴

La loi établit des normes minimales d'ordre public. Toute disposition d'un régime qui est inconciliable avec ses dispositions est sans effet. Cependant, un régime de retraite peut prévoir pour le participant ou bénéficiaire des dispositions plus avantageuses.¹⁵⁵

Le régime complémentaire de retraite traditionnel est un contrat écrit qui résulte généralement de la volonté d'un employeur ou d'un syndicat. Il établit les caractéristiques du régime. Il peut notamment être à prestation déterminée ou à cotisation déterminée ou encore il peut être ou non coordonné avec le Régime des rentes du Québec. En vertu de ce contrat, l'employeur seul (régime non contributif) ou l'employeur et les participants (régime contributif) s'engage(nt) à faire périodiquement un versement dans une caisse pour assurer une rente à la retraite. La loi pourvoit à la soumission du contrat, à son entrée en vigueur, à son enregistrement auprès de la Régie, aux modifications qui peuvent être apportées au régime ainsi qu'à sa radiation.

153. L.R.Q., c. R-15.1 (ci-après citée : « L.r.c.r. »).

154. *Id.*, art. 2.

155. *Id.*, art. 5.

La constitution d'un régime implique la création d'une caisse de retraite servant à recueillir les cotisations versées par l'employeur et, le cas échéant, par les participants. Les sommes qui y sont déposées sont protégées en cas de faillite de l'employeur et ses créanciers ne peuvent revendiquer les cotisations salariales et patronales qui ont été versées.

Dès qu'il est enregistré, le régime doit généralement être administré par un comité de retraite responsable de son administration conformément à la loi et de la gestion de la caisse de retraite. Le Comité doit remettre un relevé annuel aux participants et bénéficiaires.

Un régime de retraite peut couvrir tous les travailleurs d'une entreprise ou certaines catégories seulement. Le régime prévoit si l'adhésion sera obligatoire ou facultative. Si l'adhésion est obligatoire, la personne admissible doit y participer à compter du 1er janvier de l'année civile qui suit l'année où elle remplit les conditions d'adhésion. Si elle est facultative, la personne admissible peut demander à y participer en tout temps durant l'année civile qui suit l'année où elle a rempli les conditions d'adhésion.

Les conditions minimales d'adhésion à un régime sont prévues par la loi. Si le travailleur fait partie d'une catégorie de travailleurs pour laquelle il existe un régime, il peut y participer à la condition de répondre à l'un des deux critères suivants :

1°) s'il a gagné chez l'employeur un revenu annuel au moins égal à 35 % du maximum des gains admissibles établi en vertu du Régime de rentes du Québec durant l'année civile qui précède sa demande d'adhésion au régime et si il a gagné une rémunération d'un montant minimal (ex. en 2002, ce montant est de 13 685 \$); ou

2°) s'il a travaillé au moins 700 heures pour l'employeur au cours de l'année civile précédant sa demande.¹⁵⁶

156. *Id.*, art. 34.

À certaines conditions, notamment en cas de changement d'emploi, un cotisant a le droit d'obtenir le transfert de son régime dans un autre.

2- Le statut donnant accès au régime : le travailleur participant

On n'a accès à un régime complémentaire de retraite que s'il en existe un chez l'employeur pour le groupe de travailleurs dont on fait partie et si on satisfait à ses conditions d'admissibilité.

La loi « s'applique aux régimes de retraite relatifs à des travailleurs qui, pour leur travail, se présentent à un établissement de leur employeur (...) ou, à défaut, reçoivent leur rémunération de cet établissement (...) ». ¹⁵⁷ Bien que le terme travailleur ne soit pas défini, on peut conclure de ce libellé que l'on vise essentiellement la personne salariée au sens du droit civil ou ayant un revenu d'emploi au sens fiscal.

3- Application aux statuts atypiques

a. Les situations d'inclusion

La personne salariée travaillant à temps partiel, occasionnel ou sur appel, celle qui travaille à domicile ou selon un contrat à durée déterminée seront couvertes par un régime si elles satisfont aux conditions minimales d'admissibilité prévues par la loi et par le régime qui dépendent soit du niveau de rémunération, soit du nombre d'heures travaillées.

Soulignons toutefois que, depuis 2001, la loi a été amendée à la suite de représentations de travailleurs à temps partiel admissibles à des régimes obligatoires qui ont représenté qu'ils n'avaient pas les moyens financiers d'y participer. Les exigences minimales de la loi ont été modifiées pour permettre à un employeur d'offrir que son régime soit obligatoire pour les travailleurs à temps plein et facultatif pour les temps partiel et pour

157. *Id.*, art. 1, paragr. 1°.

les occasionnels admissibles au régime. Elle s'applique également aux travailleurs à temps plein. Relevons que, parmi ceux-ci, on pourrait retrouver des salariés travaillant selon un ou des contrats à durée déterminée. Le volet facultatif devra néanmoins offrir des bénéfices de retraite équivalents à ceux du volet obligatoire.

La décision d'adhérer ou de ne pas adhérer dépendra du choix de l'individu et non de l'employeur. Un énoncé doit être transmis aux travailleurs spécifiant les avantages de participer à un régime de retraite. Si le travailleur renonce à sa participation au régime de retraite, l'employeur n'est pas tenu de lui offrir une compensation pour sa non participation. Le travailleur perd donc éventuellement un avantage par rapport à ceux qui ont décidé de joindre le régime de retraite.

Le travailleur indépendant ou autonome n'est pas, en principe, admissible au régime. Cependant la loi prévoit une présomption absolue d'employeur lorsqu'il y a, de fait, cotisation de celui qui bénéficie des services d'un non salarié :

« Celui qui bénéficie des services d'un travailleur non salarié et cotise pour son compte à un régime de retraite est réputé, pour l'application de la présente loi, son employeur ».¹⁵⁸

b. Les situations d'exclusion

L'exclusion peut être radicale, relative ou volontaire.

L'exclusion radicale se manifeste lorsqu'il n'y a pas de régime en vigueur chez un employeur. L'exclusion est également radicale pour le travailleur indépendant sous réserve de l'exception ci-haut mentionnée. La question de savoir si une personne est

158. *Id.*, art. 4.

admissible à un régime peut être tranchée par la Régie.¹⁵⁹ Soulignons au passage que la loi ne s'applique pas à un fonds de retraite que se donnerait un regroupement de travailleurs ou de travailleurs autonomes si ce régime ne comporte aucune cotisation provenant d'un employeur ou d'une personne réputée l'être.

L'exclusion relative existe lorsqu'il y a un régime mais que le travailleur ne satisfait pas à ses conditions d'adhésion qui, elles-mêmes, doivent respecter les conditions minimales (niveau de rémunération ou nombre d'heures de travail) imposées par la loi. Ce type d'exclusion frappera plus directement la personne qui travaille à temps partiel, occasionnellement ou pour une courte durée déterminée.

Enfin l'exclusion volontaire résultant d'un libre choix individuel, il y a peu à en dire sinon qu'elle reflète généralement les limites d'un régime rattaché à un employeur pour les personnes travaillant dans un statut atypique.

D) La Loi sur l'assurance-emploi¹⁶⁰

1- Aperçu du régime

De compétence fédérale, la *Loi sur l'assurance-emploi* institue un régime de soutien du revenu et d'aide à l'emploi offert aux sans-emploi admissibles. Le régime établit le droit à certaines prestations pour le salarié qui remplit les conditions de base exigées lorsqu'il perd son emploi ou lorsqu'il doit temporairement l'abandonner. Il prévoit notamment des prestations ordinaires (chômage), des prestations de maternité et parentales ainsi que des prestations de maladie.¹⁶¹

159. *Id.*, art. 35.

160. L.R.C., c. E-5.6 (ci-après citée : « L.a.e. »).

161. D'autres types de prestations, moins importantes, sont également prévues à la L.a.e. (pêcheurs, travail partagé).

L'« emploi assurable » visé par le régime correspond à l'emploi salarié. La loi prévoit toutefois que certaines exceptions précisées dans le *Règlement sur l'assurance-emploi*¹⁶² permettent à des non salariés d'être assujettis dans certains cas, alors que des salariés sont exclus dans d'autres cas.

Pour être admissible aux prestations ordinaires, il faut perdre son emploi sans en être responsable tout en étant disponible pour travailler. Il faut également avoir accumulé, au cours des 52 dernières semaines (ou depuis la dernière prestation), un nombre d'heures assurables qui varie en fonction de l'importance du taux de chômage dans une région. La durée des prestations est également fonction du taux de chômage local. Quant au montant des prestations, il représentera 55 % de la rémunération assurable (ce taux peut varier dans certains cas). Les autres prestations comportent des conditions d'accès différentes. Ainsi, pour les prestations spéciales, le nombre d'heures requises donnant droit aux prestations est de 600 heures au cours des 52 dernières semaines, peu importe la région. La notion d'arrêt de rémunération selon ces prestations inclut une baisse de plus de 40 % de la rémunération assurable en raison de l'événement donnant droit à la prestation (grossesse, naissance ou blessure). Pour les prestations de maladie, il faut cesser de travailler suite à une maladie ou blessure rendant une personne incapable de travailler.

Le financement du régime est assuré par des prélèvements obligatoires pour les salariés et par une cotisation auprès de leurs employeurs.

2- Le statut donnant accès au régime : l'assuré (l'emploi assurable)

L'« assuré » est « la personne qui exerce ou a exercé un emploi assurable »¹⁶³ qui est amplement défini à l'article 5 et dont nous ne reproduisons ici que les extraits les plus pertinents :

162. DORS/96-332.

163. L.a.e., art. 2.

« 5. (1) Sous réserve du paragraphe (2), est un emploi assurable : a) l'emploi exercé au Canada pour un ou plusieurs employeurs, aux termes d'un contrat de louage de services ou d'apprentissage exprès ou tacite, écrit ou verbal, que l'employé reçoive sa rémunération de l'employeur ou d'une autre personne et que la rémunération soit calculée soit au temps ou aux pièces, soit en partie au temps et en partie aux pièces, soit de toute autre manière; (...) d) un emploi prévu par règlement pris en vertu des paragraphes (4) et (5); (...)

(2) N'est pas un emploi assurable : a) l'emploi occasionnel à des fins autres que celles de l'activité professionnelle ou de l'entreprise de l'employeur; b) l'emploi d'une personne au service d'une personne morale si cette personne contrôle plus de quarante pour cent des actions avec droit de vote de cette personne morale; (...) h) l'emploi exclu par règlement pris en vertu du présent article; (...).

(4) La Commission peut, avec l'agrément du gouverneur en conseil, prendre des règlements en vue d'inclure dans les emplois assurables : (...) b) l'ensemble des fonctions d'une personne qui exerce pour un même employeur à la fois un emploi assurable et un autre emploi; c) l'emploi qui n'est pas un emploi aux termes d'un contrat de louage de services, s'il paraît évident à la Commission que les modalités des services rendus et la nature du travail exécuté par les personnes exerçant cet emploi sont analogues aux modalités des services rendus et à la nature du travail exécuté par les personnes exerçant un emploi aux termes d'un contrat de louage de services; (...)

(6) La Commission peut, avec l'agrément du gouverneur en conseil, prendre des règlements en vue d'exclure des emplois assurables : (...) b) l'ensemble des fonctions d'une personne qui exerce pour un même employeur à la fois un emploi assurable et un autre emploi; c) l'emploi pour lequel il paraît évident à la Commission que la nature du travail accompli par les personnes exerçant cet emploi est analogue à celle du travail accompli par les personnes exerçant un emploi non assurable; (...) ».

3- Application aux statuts atypiques

Tel que mentionné plus haut, le régime vise en principe l'emploi salarié (i.e. contrat de louage de services) mais certaines exceptions relatives au travail autonome sont néanmoins prévues. En effet, la règle générale veut que les travailleurs autonomes ou les dirigeants de petite entreprise n'aient pas accès au régime.

Par ailleurs, certains emplois salariés sont exclus, alors que des emplois non-salariés sont inclus par voie réglementaire. À titre d'illustration, le paragraphe d) de l'article 6 du *Règlement sur l'assurance-emploi* prévoit que l'emploi exercé par une personne auprès d'un salon de coiffure est un emploi assurable si la personne n'est pas le propriétaire ou l'exploitant de cet établissement.¹⁶⁴ Il en est de même, au paragraphe e) du même article, en ce qui concerne les chauffeurs de taxi ou d'autobus, s'ils ne sont pas le propriétaire de plus de 50 % du véhicule, ni le propriétaire ou l'exploitant de l'entreprise.

D'autre part, comme le régime d'assurance-emploi est basé sur des conditions d'admissibilité en termes d'heures travaillées, les salariés à temps partiel, occasionnels ou travaillant pour une durée déterminée, même s'ils cotisent, risquent l'exclusion par l'application de la loi qui produit des résultats parfois étonnants.¹⁶⁵

164. Une décision récente permet de jauger la portée de l'exception relative aux coiffeurs. Ainsi, dans l'affaire *R. c. Nelson*, C.F.A., A-372-00, 30 avril 2001, juges Rothstein, Noël et Sharlow, D.T.E. 2001T-707, la Cour d'appel fédérale a accueilli une requête en révision judiciaire d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt et reconnu comme salarié des personnes louant une chaise dans un salon de coiffure qui embauchait également des salariés. La Cour d'appel a en effet considéré que le travail effectué par ces personnes était similaire à celui effectué par les salariés. Sans exclure la possibilité d'en arriver à une conclusion contraire dans un cas particulier où il n'y aurait pas similitude entre les conditions de travail de salariés et de personnes ayant loué une chaise dans un salon de coiffure, le juge Sharlow indique : « Paragraph 5 (4) (c) of the *Employment Insurance Act* is intended to permit the Commission to identify classes of persons for inclusion in the statutory scheme. It must be presumed that the Commission, in enacting paragraph 6 (d) of the *Employment Insurance Regulations*, did so because it appeared to the Commission that, for persons working in barbering and hairdressing establishments in the circumstances described in paragraph 6 (d), the terms and conditions of their service and the nature of their work is similar to that of employees working in such establishments ».

165. Par exemple, un salarié à 40 heures/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.

IV- SYNTHÈSE

Au terme de cette revue des régimes de protection sociale rattachés au travail, la première constatation qui s'impose en regard des statuts de travail non traditionnels est qu'en général, l'accessibilité se détermine par le statut de salarié (inclusion) par opposition au statut de non salarié (exclusion). En conséquence, une personne fournissant une prestation de travail moyennant rémunération pour le compte d'une autre personne et sous sa direction et son contrôle aura accès aux régimes étudiés sans égard au fait qu'elle travaille à temps partiel, occasionnellement ou sur appel, à domicile ou pour une durée déterminée.

Il en va autrement de la personne dont les conditions d'engagement et de travail suscitent des interrogations sur l'existence d'un lien de subordination. Ces situations exigent une qualification du statut sur la base des définitions retenues par le régime en cause. Pour chaque régime, l'exercice de qualification juridique selon les statuts et les définitions de ceux-ci aboutira soit à l'exclusion, soit à un accès aux bénéfices (ou à un assujettissement à des obligations) complet ou partiel, soit à un accès mais à des conditions particulières moins avantageuses. Une approche globale des statuts donnant accès aux divers régimes, indépendamment de leurs finalités propres et respectives, nous amène à certains constats.

Pour les fins de leur exposé, nous retenons huit des lois analysées dans le cadre de ce chapitre, à savoir : le *Code du travail* (C.t.), la *Loi sur les décrets de convention collective* (L.d.c.c.), la *Loi sur les normes du travail* (L.n.t.), la *Loi sur la santé et la sécurité du travail* (L.s.s.t.), la *Loi sur l'équité salariale* (L.é.s.), la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles* (L.a.t.m.p.), la *Loi sur le régime des rentes du Québec* (L.r.r.Q.) et la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite* (L.r.c.r.).¹⁶⁶

166. Nous mettons de côté à ce stade « Les régimes exclusifs ou hybrides de rapports collectifs de travail non salarié » (voir I C) du présent chapitre) qui établissent des statuts sur la base d'une profession ou d'un type d'activités et la *Loi sur l'assurance-emploi* (voir III E) du présent chapitre) qui est de compétence fédérale et qui retient la notion d'emploi assurable. Nous ne tenons pas compte non plus des exclusions prévues dans les lois retenues qui sont basées sur un genre d'activité (ex. activités de garde dans un logement).

Ces lois ont en commun de viser, entre autres, le travail salarié (i.e. une prestation personnelle de travail moyennant rémunération avec lien de subordination à l'égard d'un employeur). Pour ce faire, cinq d'entre elles utilisent le terme «salarié» (C.t., L.d.c.c., L.n.t., L.é.s., L.r.r.Q.), trois autres, le terme «travailleur» (L.s.s.t., L.a.t.m.p., L.r.c.r.). Par ailleurs, on note que le «salarié» et le «travailleur» sont définis de façon différente par chacune des lois qui utilisent l'un ou l'autre de ces termes. Plusieurs définitions font expressément mention du «*contrat de travail*», ce qui renvoie au *Code civil du Québec*, alors que d'autres sont silencieuses à cet égard.

D'autre part, les expressions «*travailleur autonome*» ou «*travail autonome*» reviennent dans trois lois (L.é.s., L.a.t.m.p., L.r.r.Q.). Les définitions données de ces expressions comportent certains éléments communs (ex. «*faisant affaires pour son propre compte*»; c'est d'ailleurs le seul élément retenu par la L.r.r.Q. si l'on excepte la notion de «*charge*» qui n'est pas pertinente ici) et des variantes dont on ne saurait dire si elles recèlent des sens différents (ex. «*sans l'aide de travailleurs*» – noter le pluriel – dans la L.s.s.t. par rapport à «*qui n'a pas de salarié* – noter le singulier – *à son emploi*» dans la L.é.s. alors que la L.a.t.m.p. prévoit «*qui n'a pas de travailleur* – noter le singulier – *à son emploi*»).

La L.s.s.t. ne comporte pas formellement de définition du «*travailleur autonome*» mais elle en fournit une de façon incidente (art.7) en traitant du champ d'application de la loi. De plus, le «*travailleur non salarié*» (L.r.c.r.), expression non définie, pourrait englober le «*travailleur autonome*» sans pour autant s'y limiter.

Enfin, plusieurs lois étendent leur définition du terme «salarié» ou «travailleur» afin de faire bénéficier des quasi-salariés ou faux indépendants du régime qu'elles instaurent (L.n.t., L.é.s., L.a.t.m.p., L.r.c.r.). Les techniques sont différentes d'une loi à l'autre. La L.n.t. qui retient fondamentalement la notion de «salarié» stipule que ce mot «*comprend un travailleur partie à un contrat en vertu duquel...*» (suivent trois éléments ayant trait à la détermination du cadre de travail, à la fourniture d'équipements et à la rémunération). La L.é.s. et la L.a.t.m.p. ont une approche commune qui consiste à créer

une présomption («*Est considéré être un salarié...* » ou «*... un travailleur...* ») donnant accès au statut de «*salarié*» (L.é.s.) ou de «*travailleur*» (L.a.t.m.p.) en faveur du «*travailleur autonome*» défini comme celui qui exerce des activités similaires ou connexes à celles de l'entreprise qui utilise ses services. Toutefois, cette présomption ne jouera pas si ce «*travailleur autonome*» œuvre dans certaines conditions déjà décrites plus haut. La L.r.c.r., pour sa part, crée une présomption irréfragable de l'état d'employeur à l'encontre de celui qui, bénéficiant des services d'un «*travailleur non salarié*», cotise à un régime pour le compte de ce dernier.

Au-delà de la variété terminologique, l'hétérogénéité des définitions présente un risque réel de produire des résultats dont on ne saurait assurer qu'ils ont été voulus sans compter les implications concrètes de l'état d'incertitude juridique dans lequel elle peut plonger les parties à une relation contractuelle impliquant une prestation personnelle de travail. Telle personne qui, par exemple, serait qualifiée de «*salarié*» en vertu de la L.n.t. pourrait, sa situation de fait étant la même, ne pas l'être en vertu du C.t. et simultanément bénéficier de la L.a.t.m.p. comme «*travailleur autonome*» mais seulement à la condition de s'inscrire à la CSST et d'assumer, en plus de la sienne, la cotisation de l'employeur bien que celui qui retient ses services soit considéré comme étant son employeur aux fins de la L.n.t.

Ce genre de disparité peut s'expliquer du fait que les diverses définitions ont été adoptées à des moments différents dans le temps et dans des conjonctures où primaient les finalités de chaque régime sans égard aux autres. De ce point de vue, l'uniformité à l'égard des définitions des régimes voisins n'était pas un objectif visé. Même avec le recul du temps, la diversité de la nature et des finalités de chaque régime fait que l'uniformité des définitions ne saurait être un objectif en soi. Toutefois, la disparité autant que l'uniformité doivent se justifier au nom d'une certaine cohérence de la notion de protection sociale liée au travail. À cet égard et paradoxalement, force est de constater que, de plus en plus, les instances appelées à déterminer si la situation d'une personne correspond ou non au statut donnant accès à un régime – et cela vaut même, avec adaptations, en matière fiscale – utilisent pratiquement les mêmes critères de

différenciation. Ainsi, alors que l'action législative tend, empiriquement et au cas par cas, à créer des statuts et des définitions variés, au plan de leur interprétation et bien que l'on continue à affirmer qu'une personne peut avoir un statut différent d'une loi à l'autre, on constate que les critères servant à déterminer ces statuts échappent au phénomène de la compartimentation.

Cette problématique, située au cœur de l'approche globale prescrite par notre mandat, a des effets évidents et préoccupants sur l'accessibilité aux divers régimes de protection sociale.