

## CHAPITRE 4 – LA SITUATION DES TRAVAILLEURS ATYPIQUES EN DROIT CANADIEN (HORS QUÉBEC) ET ÉTASUNIEN

Contrairement à la situation prévalant au sein de l'Union européenne, il n'existe pas en Amérique du Nord de normes communes qui s'imposeraient aux différents États en ce qui concerne la protection sociale des travailleurs atypiques. Les engagements des parties signataires de l'*Accord nord-américain de coopération dans le domaine du travail* (ANACT) se limitent à promouvoir l'observation et l'application efficace de leur législation du travail,<sup>368</sup> c'est-à-dire des dispositions de leurs lois et réglementations qui visent directement la liberté d'association et la protection du droit d'organisation, le droit de négociation collective, le droit de grève, l'interdiction du travail forcé, les protections accordées aux enfants et aux jeunes gens en matière de travail, les normes minimales d'emploi telles que le salaire minimum et la rémunération des heures supplémentaires, l'élimination de la discrimination en matière d'emploi fondée sur des motifs comme la race, la religion, l'âge, le sexe ou d'autres motifs prévus par la législation intérieure de chaque pays, l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes, la prévention des accidents du travail et des maladies professionnelles, l'indemnisation en cas d'accidents du travail ou de maladies professionnelles et la protection des travailleurs migrants.<sup>369</sup> Ces principes « que les Parties ont à cœur de promouvoir, sous réserve de leur législation intérieure, n'ont pas pour but d'établir des normes minimales communes (...). Ils ne sont fournis qu'à titre indicatif des grands domaines dans lesquels elles ont, chacune à sa façon, établi des lois, des réglementations, des procédures et des pratiques pour protéger les droits et les intérêts des travailleurs ».<sup>370</sup> C'est ce qui peut expliquer que certaines normes du travail existant dans les lois québécoise, canadienne ou mexicaine mais non dans les lois fédérales américaines – par exemple le recours en matière de congédiement injuste pouvant conduire à la réintégration du travailleur – ne se retrouvent pas parmi les principes

---

368. *Accord nord-américain de coopération dans le domaine du travail entre le Gouvernement du Canada, le Gouvernement des États-Unis d'Amérique et le Gouvernement des États-Unis du Mexique*, 13 septembre 1993, art. 1, paragr. 6 et art. 3 (ci-après cité « ANACT »).

369. La notion de « législation du travail » est définie à l'article 49 de l'ANACT.

370. ANACT, annexe 1.

protégés par l'ANACT. C'est aussi ce qui explique que rien ne porte spécifiquement sur la protection sociale des travailleurs atypiques. L'analyse de la protection de ces travailleurs en Amérique du Nord doit donc porter sur la situation qui prévaut dans chacun des systèmes nationaux.<sup>371</sup>

Rendre compte de l'état du droit social et du travail canadien et américain en matière de situations de travail atypiques comme nous l'avons fait pour le droit québécois représente une tâche insurmontable pour notre Comité. Le nombre des administrations fédérales et provinciales ou étatiques, l'état des sources documentaires qui oscillent du survol trop généralisateur à l'exégèse sur des thèmes très pointus et qui sont rarement à jour, la multiplicité d'aspects de notre objet d'étude, la quantité de lois en cause sans parler de leur évolution par voie de modifications ou d'interprétations sont autant de facteurs qui, combinés au délai qui nous est imparti, nous ont amené à poser certains choix et à privilégier les données les plus significatives et les plus représentatives.

Pour l'essentiel, nous avons conservé la même structure que celle retenue pour exposer le droit québécois. En I, nous traiterons donc de la question de l'accessibilité et en II, du niveau de protection accordé par la loi en cause. À l'intérieur de chacune de ces sections, nous aborderons les rapports collectifs du travail, les normes du travail et la protection du revenu, en nous limitant toutefois aux lois majeures les plus significatives, c'est-à-dire aux équivalents de notre *Code du travail*, de notre *Loi sur les normes du travail* et de notre *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*.

Quant au choix des juridictions étudiées, nous avons voulu tenir compte du contexte constitutionnel des deux pays concernés. Les régimes fédéraux canadien et américain sont en effet asymétriques. Au Canada, le pouvoir de légiférer dans le domaine contractuel qui englobe les relations et conditions de travail revient de façon fondamentale et générale aux provinces, le gouvernement fédéral se limitant à légiférer

---

371. Une étude comparative est actuellement menée par la *Commission de coopération dans le domaine du travail* établie par l'ANACT sur les droits des travailleurs atypiques. Cette étude devrait être publiée en décembre 2002.

sur ces objets seulement à l'égard, d'une part, des domaines où il a compétence exclusive et, d'autre part, de ses propres employés ou de ceux des agences gouvernementales qui relèvent de lui. Une telle situation nous a conduit à retenir, en plus du *Code canadien du travail*, les législations de l'Ontario et de la Colombie-Britannique qui non seulement s'appliquent à une proportion des plus représentatives de travailleurs et d'entreprises au Canada mais qui, aussi, ont historiquement, à diverses époques et encore maintenant, assumé le leadership de l'évolution du droit du travail au Canada si on excepte le Québec.

Le cas des États-Unis est passablement différent. L'article 1 de la section VIII de la Constitution des États-Unis d'Amérique prévoit en effet qu'il revient au Congrès de faire des lois qui régleront le commerce entre les divers États, ce qui, compte tenu du degré d'intégration de l'économie américaine, constitue une compétence très étendue et fait largement prévaloir les lois fédérales en matière de négociation collective et de normes du travail. Quant aux lois à caractère social, la compétence se divise entre le niveau fédéral (sécurité sociale et programmes de sécurité du revenu) et celui des États (apport dominant en matière d'indemnisation des accidents du travail, d'assurance-chômage et de programme de bien-être – *welfare programs*). En conséquence et selon notre objectif de recherche de données représentatives, nous retiendrons les lois fédérales en matière de rapports et de normes du travail et nous tenterons de rendre compte de façon générale et sélective des lois des États en matière d'accidents du travail et de maladies professionnelles.

## I- L'ACCESSIBILITÉ

Au Canada comme aux Etats-Unis, l'accès aux régimes de normes minimales de travail, d'indemnisation des accidents du travail et des maladies professionnelles et de négociation collective des conditions de travail repose essentiellement sur la reconnaissance d'une relation d'emploi (*employment contract*) au sens de la common law. Ce contrat présente les mêmes éléments fondamentaux que ceux énoncés au *Code civil du Québec* définissant le contrat de travail comme une prestation de travail sous la direction et le contrôle d'une autre personne (l'employeur) moyennant rémunération. La relation contractuelle comportant ces éléments confère le statut de salarié (*employee*) et ce, peu importe que le travail soit fourni ou exécuté à temps partiel, sur une base occasionnelle ou sur appel, pour une durée déterminée, de façon saisonnière ou autrement intermittente ou à domicile. Dans certains cas, ces différents statuts dits atypiques font néanmoins l'objet de dispositions particulières ou encore ils présentent des caractéristiques inhérentes qui empêchent ces catégories de salariés de bénéficier des protections ou avantages généraux prévus par le régime. Ces cas seront examinés plus bas.<sup>372</sup>

Par ailleurs, la principale problématique relative à l'accès à ces régimes découle du fait que, à l'instar de ce qui a cours en droit du travail québécois, les personnes qui fournissent une prestation de travail en vertu d'un «*independant contractor agreement* » (l'équivalent de notre contrat d'entreprise) ou d'un «*agency agreement* » (l'équivalent partiel de notre contrat de mandat et d'un contrat de gestion)<sup>373</sup> sont généralement exclus

---

372. Voir plus loin : « II- Le niveau de protection ».

373. Black, H. C., *Black's Law Dictionary*, 5<sup>ème</sup> éd., St. Paul (Minn.), West Publishing Co., 1979, donne de l'«*agency* » la définition suivante (pp. 57-58) : « Relation in which one person acts or represents another by latter's authority, either in the relationship of principal and agent, master and servant, or employer or proprietor and independant contractor. (...) The consensual relation existing between two persons, by virtue of which one is subject to other's control. (...) ». Sous «*control* » (p. 298) on peut également lire : « The «control» involved in determining whether « principal and agent relationship » or « master and servant relationship » is involved must be accompanied by power or right to order or direct ».

de la couverture de ces régimes. C'est sur cette problématique que portera principalement la présente partie.

## A) Au Canada

### 1- Rapports collectifs du travail

La première génération de commissions de relations du travail qui a eu à interpréter la notion d'employé appliqua les test classique de la common law à savoir, en premier lieu, le « *control test* » élaboré en matière de responsabilité civile (« *torts* ») lorsqu'il s'agissait de déterminer si la faute commise par l'exécutant d'un travail engage la responsabilité de celui qui utilise ses services ou dirige l'exécution de son travail (« *vicarious liability* », soit l'équivalent, en droit québécois, de la responsabilité civile du commettant du fait de son préposé). À ce test s'ajouta bientôt le « *Fourfold test* »<sup>374</sup> prenant en considération non seulement le contrôle mais aussi la propriété des outils, les chances de profit et les risques de perte afin de déterminer si le prestataire travaille pour lui-même ou pour un supérieur (« *whose business is it* »). Épisodiquement, on fit appel au test des finalités de la loi (« *statutory purpose test* »).

La critique de cette approche basée sur la common law fut initiée en 1965 par le professeur Arthurs.<sup>375</sup> La thèse développée soutenait que plusieurs types de petits

---

374. *Montreal c. Montreal Locomotive Works*, (1947) 1 D.L.R. 161 (Conseil Privé). Il s'agissait d'un litige en matière de fiscalité municipale. La Ville de Montréal voulait imposer ses taxes foncières et d'affaires à une entreprise, agissant au nom de la Couronne, en vertu d'un contrat pour la production de matériel de guerre. Ce contrat ne créait aucun risque de profit ou de perte et l'entreprise était rémunérée par le biais d'honoraires (« *fee* »). Le jugement fait bien état d'un test à quatre volets (contrôle, propriété des outils, chance de profit et risque de perte) mais le fond est décidé en raison du contrôle quasi total du gouvernement fédéral dans l'exécution du contrat : il s'agissait d'un contrat de mandat, d'agence, ou de gestion au bénéfice de la Couronne, ce qui mettait le terrain et l'entreprise à l'abri de la taxation municipale.

375. H.W. Arthurs, « The Dependant Contractor : A Study of the Legal Problems of Countervailing Power », (1965) 16 *University of Toronto Law Journal* 89.

entrepreneurs<sup>376</sup> se trouvaient dans une position économique-juridique rendue intenable par la conjugaison d'une part de leur exclusion de la notion d'employé en vertu des tests de la common law appliqués et, d'autre part, l'interdiction qui leur était faite par la loi fédérale sur la concurrence de s'associer pour négocier les conditions dans lesquelles ils fournissaient leurs services. Ces petits entrepreneurs, dans les faits, se trouvaient dans une situation économique de dépendance semblable à celle des salariés et, dans la mesure où les entreprises avaient recours à eux pour réduire leurs coûts de main-d'œuvre, ils livraient aux salariés syndiqués, sur le marché de l'emploi, une concurrence ruineuse pour le régime de négociation collective pourtant considéré comme une politique sociale d'intérêt et d'ordre public. Parmi les hypothèses de solution envisagées,<sup>377</sup> Arthurs suggéra, à l'égard des situations où ces entrepreneurs partagent avec les employés le même marché du travail, la création du statut d'entrepreneur dépendant « *dependant contractor* » et son inclusion dans une définition élargie de la notion d'employé leur donnant ainsi accès à la négociation collective.

---

376. Les cas cités en exemple sont les chauffeurs-proprétaires de camions, les commis voyageurs (*peddlers*), les chauffeurs de taxi, les pêcheurs, les fermiers, les exploitants-locataires de station-service tous décrits comme « *self employed* ».

377. Il importe en effet de constater que la réflexion sur le sujet ne se limitait pas à la création du statut d'« entrepreneur dépendant ». L'auteur examine également des exemptions possibles à l'égard de la *Loi sur la concurrence* en prenant notamment appui sur les précédents permettant l'action collective sur le marché par les producteurs agricoles et les pêcheurs ainsi que sur le « *administrative licensing of collective action* » s'inspirant du « *Restrictive Trade Practices Legislation* » en vigueur au Royaume-Uni; H.W. Arthurs, *op. cit.*, p. 116-117.

En 1968, le Rapport (Woods) de l'Équipe spécialisée en relations de travail<sup>378</sup>, fit écho à cette analyse<sup>379</sup> et recommanda :

« L'accès à l'action collective de certaines catégories de travailleurs indépendants nous préoccupe. Il s'agit de ceux qui sont dans une position économiquement dépendante en raison de l'étroitesse du marché ouvert à leurs produits ou services ou qui, pour d'autres motifs, présentent les caractéristiques économiques du salarié. Nous songeons en particulier aux pêcheurs, aux chauffeurs-propriétaires de taxi, et aux chauffeurs-propriétaires de camions et de voitures de livraison. Nous recommandons que le Conseil canadien des relations ouvrières ait entière discrétion pour reconnaître ces groupements comme agents négociateurs à l'intérieur d'un marché déterminé; en même temps leur serait accordée la protection contre la loi criminelle en matière de pratiques commerciales restrictives et contre la législation anti-coalition, sauf au cas de collusion évidente avec ceux qui recourent à leurs services ». <sup>380</sup>

---

378. Rapport de l'Équipe spécialisée en relations de travail, *Les relations du travail au Canada*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1968.

379. « En certains cas, des syndicats ont été formés pour représenter un type de profession distincts de ceux décrits antérieurement. Cette catégorie est désignée comme il convient sous l'appellation « d'entrepreneurs dépendants ». Elle comprend les travailleurs dont le revenu dépend, soit comme dans le cas de certains pêcheurs, de leur part dans une prise globale ou d'une partie des revenus réalisés à même cette prise; soit comme dans le cas de nombreux propriétaires-conducteurs de camions, du prix qu'ils reçoivent par chargement; soit d'un pourcentage des revenus bruts comme dans le cas de plusieurs exploitants de wagons-restaurants; soit de quelque autre variable. De quelque façon qu'on décrive leurs activités, ces travailleurs s'unissent quelquefois pour asseoir leur position vis-à-vis de ceux qui recourent à leurs services ou achètent leurs produits. Dans la mesure où ces services et ces produits comportent un élément travail, ces activités sont clairement analogues à celles d'employés assujettis à une convention passée sous l'empire de la négociation collective. Toutefois, dans la mesure où l'action collective de ces entrepreneurs dépendants influence le marché des produits, elle peut manifestement contrevenir à la *Loi canadienne sur les pratiques restrictives du commerce* », *Id.*, p.32.

380. *Id.*, p. 154.

Le Parlement fédéral et plusieurs législatures provinciales donnèrent des suites variées à cette recommandation dans les années qui suivirent.<sup>381</sup>

Actuellement, l'« entrepreneur dépendant » se définit comme suit :

- en vertu du *Code canadien du travail* :<sup>382</sup>

« entrepreneur dépendant » selon le cas :

« a) le propriétaire, l'acheteur ou le locataire d'un véhicule destiné au transport, sauf par voie ferrée, du bétail, de liquides ou de tous autres produits ou marchandises qui est partie à un contrat, verbal ou écrit, aux termes duquel :

- il est tenu de fournir le véhicule servant à son exécution et des'en servir dans les conditions qui y sont prévues;
- il a droit de garder pour son usage personnel le montant qui lui reste une fois déduits ses frais sur la somme qui lui est versée pour son exécution;

---

381. En 1972 : (1) le Parlement fédéral (*Code canadien du travail*, S.R.C., c. L-2) adopte une définition de l'entrepreneur dépendant limitée aux camionneurs-propriétaires et aux pêcheurs en entreprise commune (S.C. 1972, c. 18); cette disposition sera amendée en 1984 pour y ajouter une définition de portée générale (S.C. 1983-84, c. 39); (2) le Manitoba (*Labour Relations Act*, R.S.M., c. L-10) adopte sa définition de l'entrepreneur dépendant limitée aux camionneurs-propriétaires (S.M. 1972, c. 75) qui sera plus tard modifiée (voir plus bas) et (3) la Nouvelle-Écosse (*Trade Union Act*, S.N.S. 1972, c. 19) ajoute à sa définition d'employé les pêcheurs en entreprise commune. En 1973, la Colombie-Britannique (*Labour Relations Code*, R.S.B.C., c. 244) adopte une définition de portée générale de l'entrepreneur dépendant (S.B.C. 1973, c. 122). Cette même approche (définitions identiques ou presque) sera suivie par l'Ontario (*Labour Relations Act*, R.S.O., c. 228) en 1975 (S.O. 1975, c. 76) et par Terre-Neuve (*Labour Relations Act*, R.S.N., c. L-1) en 1977 (S.Nfld. 1977, c. 64). La Saskatchewan suivra une démarche particulière; elle adopte d'abord en 1972 une définition de l'entrepreneur dépendant (*Trade Union Act*, 1972 S.S., 1972, c. 137) qu'elle abroge ensuite (*Trade Union Act*, 1978 R.S.S., c. T-17, am. 1983, c. 81) pour y substituer une définition élargie du terme « employé » se démarquant explicitement de critères de common law et conférant à sa Commission des relations du travail une grande discrétion pour assujettir toute personne en tenant compte des finalités de la loi. Le Manitoba a, en 1984 (S.M. 1984, c.21), adopté une approche similaire (*Labour Relations Act*, R.S.M., c. L-10, art. 1).

382. *Code canadien du travail*, L.R.C. 1985, c. L-2, art. 3 (1). Notons que les définitions de l'« employé » et de l'« employeur » du même article sont adaptées pour inclure ou tenir compte de cette définition.

- b) le pêcheur qui a droit, dans le cadre d'une entente à laquelle il est partie, à un pourcentage ou à une fraction du produit d'exploitation d'une entreprise commune de pêche à laquelle il participe;
- c) la personne qui exécute, qu'elle soit employée ou non en vertu d'un contrat de travail, un ouvrage ou des services pour le compte d'une autre personne selon des modalités telles qu'elle est placée sous la dépendance économique de cette dernière et dans l'obligation d'accomplir des tâches pour elle ».

- en vertu de la *Loi de 1995 sur les relations du travail* de l'Ontario :<sup>383</sup>

« entrepreneur dépendant »

« Quiconque, employé ou non aux termes d'un contrat de travail et fournissant ou non ses propres outils, ses véhicules, son outillage, sa machinerie, ses matériaux ou quoi que ce soit, accomplit un travail pour le compte d'une autre personne ou lui fournit des services en échange d'une rémunération ou d'une rétribution, à des conditions qui le placent dans une situation de dépendance économique à son égard et l'oblige à exercer pour cette personne des fonctions qui s'apparentent davantage aux fonctions d'un employé qu'à celles d'un entrepreneur indépendant ».

- en vertu du *Labour Relations Code* de la Colombie-Britannique :<sup>384</sup>

« dependent contractor »

« Means a person, whether or not employed by a contract of employment or furnishing his or her own tools, vehicles, equipment, machinery, material or any other thing, who performs work or services for another person for compensation or reward on such terms and conditions that he or

---

383. *Loi de 1995 sur les relations de travail*, L.O. 1995, chap. 1, annexe A, modifié par l'art. 83 du chap. 4 de 1997; l'art. 151 du chap. 31 de 1997; les art. 1 à 23 du chap. 8 de 1998; le chap. 24 de 2000; les art. 1 à 38 du chap. 38 de 2000 (à jour au 20 août 2002), art. 1 (1).

384. *Labour Relations Code*, R.S.B.C. 1996, c. 244, art. 1 (1).

she is in relation to that person in a position of economic dependence on, and under an obligation to perform duties for, that person more closely resembling the relationship of an employee than that of an independent contractor ».

On s'est par ailleurs interrogé sur l'impact réel de ces nouvelles définitions. En 1982, Bendel<sup>385</sup> soutient que le nouveau concept d'entrepreneur dépendant constitue un développement non seulement superflu mais potentiellement générateur de confusion voire d'une régression de la portée de la notion d'employé. Selon l'auteur, l'argumentaire d'Arthurs et du Rapport Woods (i.e. une analyse se fondant sur l'incertitude et la non conformité à la réalité économique des tests de la common law) ont convaincu le législateur avec un certain délai. Or, entre-temps, deux phénomènes se sont produits : (1) leur analyse a influé sur les interprétations des commissions des relations du travail qui ont davantage tenu compte du test des finalités de la loi (« *statutory purpose test* »), prenant ainsi leurs distances par rapport aux tests traditionnels de la common law et (2), simultanément, la common law a elle-même évolué en introduisant le test de l'intégration organisationnelle (« *organization test* »). Ce dernier test est axé sur la question de savoir si la personne est en affaires pour elle-même et fournit un travail tout à fait accessoire pour l'utilisateur ou si, au contraire, ses services sont intégrés à l'entreprise de ce dernier. L'auteur considère que ce test présente un réel attrait en droit du travail parce que l'intégration est un indicateur très probant de dépendance économique. Exemples jurisprudentiels à l'appui, Bendel démontre que les CRT n'appliquent plus dogmatiquement les tests de la common law et que, si elles les utilisent, ces tests sont maintenant assez flexibles pour qualifier de salariés des personnes qui sont économiquement dépendantes de l'entreprise à laquelle ils fournissent du travail ou des services. Enfin l'auteur louange la solution retenue par la Saskatchewan qui, sans retenir le vocable d'entrepreneur dépendant, a élargi la définition de l'employé et a confié à sa

---

385. Bendel, M., « The Dependiant Contractor : An Unecessary and Flawed Development in Canadian Labour Law », (1982) 32 *University of Toronto Law Journal* 374. Notons que cet article est écrit avant que le *Code canadien du travail* ne soit amendé en 1984 ( S.C. 1983-84, c. 39) pour y ajouter une définition de portée générale de l'entrepreneur dépendant.

CRT le pouvoir de déclarer employées les personnes dont, à son avis, les contrats peuvent se prêter à la négociation collective.

Pour d'autres auteurs,<sup>386</sup> le concept d'« entrepreneur dépendant » conserve toujours sa pertinence. Là où le législateur l'a introduit, les instances sont amenées à prendre davantage en considération la substance économique de la relation contractuelle. Elles mettront l'accent sur la dépendance économique et sur l'obligation d'accomplir des tâches analogues à celles des employés. De plus certains critères hérités de la common law sont radicalement éliminés de l'analyse.<sup>387</sup>

À titre illustratif, nous reproduisons ci-après un extrait de l'ouvrage de G. W. Adams qui rend compte des facteurs considérés par la Commission des relations du travail de l'Ontario dans la détermination du statut d'entrepreneur indépendant et plus particulièrement des indices pertinents au concept de dépendance économique :

- « (1) The right to use substitutes in method of work performance;
- (2) ownership of tools and supply of materials;
- (3) evidence of entrepreneurial activity;
- (4) the selling of one's own services on the market generally;
- (5) economic mobility or independence - the freedom to refuse a job;
- (6) evidence of variation in fees charged;
- (7) organizational integration;
- (8) degree of specialization, skill, expertise and creativity;

---

386. Donald D. Carter, Geoffrey England, Brian Etherington and Gilles Trudeau, *Labour Law in Canada*, 5<sup>ème</sup> éd., The Hague, Kluwer Law International/Butterworths, Toronto 2002, p. 252.

387. Ainsi des travailleurs qui doivent investir des sommes importantes dans leurs équipements ont pu accéder plus facilement au statut d'employé. C'est d'ailleurs ce type de considération qui a amené les lois d'Ontario et de Colombie-Britannique à prévoir que les entrepreneurs dépendants constituent des unités de négociations distinctes sous réserve d'une volonté majoritaire d'être intégrés à des unités plus larges (voir plus loin la section II). Notons toutefois que la multiplicité des clients de l'entrepreneur, ainsi que le nombre des équipements dont l'entrepreneur est propriétaire et, à un degré moindre, que l'embauche d'aides ou remplaçants demeurent des facteurs controversés en jurisprudence. Voir G. W. Adams, *Canadian Labour Law*, 2<sup>ème</sup> éd., Canada Law Book, 1993, ch. 6.

- (9) control in the manner of performance of work;
- (10) magnitude of the contract and manner of payment, and
- (11) the rendering of services under the same conditions as employees ». <sup>388</sup>

Par ailleurs, en vertu du *Code canadien du travail*, en marge de la définition de l'entrepreneur dépendant, <sup>389</sup> on interprète la notion d'employé selon un test fondé sur les finalités de la loi (« *Statutory purpose test* »). Ce test comprend entre autres et non limitativement les critères suivants qui sont présentés comme incluant des critères de la common law, mais seulement dans la mesure où ils sont compatibles avec les objectifs de la loi et avec des notions de relations de travail :

---

388. G. W. Adams, note précédente, p.6-6; l'auteur tire cette énumération de la décision *Algonguin Tavern c. CLC, Loc. 1689*, (1981) CLR 337.

389. C.H. Foisy, D.E. Lavery, L. Martineau, *Canada Labour Relations Board Policies and Procedures*, Toronto, Butterworths, 1986, pp. 21-23. Il importe de noter que les auteurs rendent compte de cette orientation basée sur les finalités de la loi sans faire référence à la notion d'entrepreneur dépendant qu'ils traitent distinctement (pp.23-25). Ils font remarquer que la notion d'entrepreneur dépendant n'a pas eu pour effet de restreindre la notion d'employé qui, avant les amendements de 1984, avait déjà été interprétée comme visant la personne économiquement dépendante d'une autre pour l'établissement de ses conditions d'emploi et de travail. La décision *Société Radio-Canada*, (1982) 44 di 19 qui fait une revue exhaustive de la problématique de la distinction salarié-entrepreneur indépendant en droit canadien, québécois, britannique, français et américain, avait déjà retenu cette orientation et décrit la notion d'entrepreneur dépendant comme une technique législative visant à s'assurer que certaines personnes qui auraient pu être qualifiées d'entrepreneurs indépendants du point de vue de la common law ne soient pas déchues du statut d'employé en vertu du Code. Cette analyse qui minimise l'impact de la notion d'entrepreneur dépendant rejoint celle de Bendel (*loc. cit.*). Dans un tout autre ordre, il est d'intérêt de constater que c'est à partir de cette décision (*Société Radio-Canada*) que l'Union des Artistes (UDA) qui avait alors perdu le droit de représenter ses membres dans certains secteurs d'activité de la Société Radio-Canada (ceux-ci, des pigistes reconnus employés au sens du Code, furent versés dans des unités d'accréditation existantes représentées par des associations autres que l'UDA) s'est engagée dans une démarche de revendication d'un régime distinct des lois de rapports collectifs du travail salarié. Le régime revendiqué comportait (1) la reconnaissance d'un statut d'artistes défini comme « une personne à son propre compte » et (2) un régime de reconnaissance des associations d'artistes et de négociation collective applicables au travail salarié à cette importante différence près que la reconnaissance (l'équivalent de l'accréditation) serait sectorielle, ce qui permettrait une négociation multipatronale. Ces objectifs furent atteints en 1987 au Québec par l'adoption de la *Loi sur le statut professionnel et les conditions d'engagement des artistes de la scène, du disque et du cinéma* (voir plus haut, Chapitre 2, I, C)). Le Parlement fédéral adopta une loi du même type en 1992 : *Loi sur le statut d'artiste* (L.C. 1992, ch. 33).

- « (i) Whether the person is integrated into the employer's operation;
- (ii) whether the person has any other business market that the one of the employer;
- (iii) whether the person has invested capital in the enterprise;
- (iv) whether the person is working under the administrative control of the employer;
- (v) whether the performance of the work may result in profits or losses for the person;
- (vi) whether the person's risk is limited to the time invested;
- (vii) whether the person's income is guaranteed;
- (viii) whether the person performs work similar to that of employees of the same employer under similar conditions;
- (ix) whether the exclusion of the person who performs work similar to that performed by employees would undermine the union's authority in collective bargaining ». <sup>390</sup>

Dans l'état actuel du droit du travail canadien, ces deux approches continuent de coexister et contribuent à élargir d'une façon ou d'une autre la notion d'employé en tenant compte de facteurs économiques et des finalités de la loi.

## 2- Normes du travail

La Partie III du *Code canadien du travail*<sup>391</sup> traitant des normes minimales de travail («Durée normale du travail, salaire, congés et jours fériés») ne comporte pas de définition du terme «employé». Le terme «employeur» est défini comme une «Personne employant un ou plusieurs employés».<sup>392</sup>

---

390. Claude H. Foisy, Daniel E. Lavery, Luc Martineau, *Canada Labour Relations Board Policies and Procedures*, Butterworths, Toronto 1986, p. 22.

391. *Code canadien du travail*, L.R.C. 1985, c. L-2, art. 166 et suiv. (ci-après « C.c.t. »).

392. C.c.t., art. 166.

La *Loi de 2000 sur les normes d'emploi*<sup>393</sup> d'Ontario définit l'«employé» et l'«employeur» comme suit :

« Employé » s'entend notamment, selon le cas :

- a) de quiconque, y compris un dirigeant d'une personne morale, exécute un travail pour un employeur en échange d'un salaire;
- b) de quiconque fournit des services à un employeur en échange d'un salaire;
- c) (...);
- d) de quiconque est un travailleur à domicile ».<sup>394</sup>

« Employeur » s'entend notamment des personnes suivantes :

- a) le propriétaire, le gestionnaire, le chef, le responsable, le séquestre ou le syndic d'une activité, d'une entreprise, d'un travail, d'un métier, d'une profession, d'un chantier ou d'une exploitation qui contrôle ou dirige l'emploi d'une personne à cet égard, ou en est directement ou indirectement responsable;
- b) les personnes considérées comme un seul employeur en application de l'article 4 ».<sup>395</sup>

---

393. *Loi de 2000 sur les normes d'emploi (Employment Standards Act, 2000)*, L.O. 2000, chap. 41, modifiée par l'art. 1 de l'ann. I du chap. 9 des lois de 2001 (à jour au 13 août 2002) (ci-après citée : « L.n.e. »).

394. L.n.e., art. 1 (1).

395. *Ibid.*

Le «travailleur à domicile » fait l'objet d'une définition spécifique :

« Travailleur à domicile » Particulier qui exécute un travail en échange d'une rémunération dans des locaux qu'il occupe principalement comme logement. Sont exclus de la présente définition les entrepreneurs indépendants. («*homeworker* »).<sup>396</sup>

Le *Employment Standard Act*<sup>397</sup> de Colombie-Britannique définit l'«employé » et l'«employeur » ainsi :

« *Employee* » includes :

- a) a person, including a deceased person, receiving or entitled to wages for work performed for another,
- b) a person an employer allows, directly or indirectly, to perform work normally performed by an employee, (...) ».<sup>398</sup>

« *Employer* » includes a person :

- a) who has or had control or direction of an employee, or
- b) who is or was responsible, directly or indirectly, for the employment of an employee ».<sup>399</sup>

---

396. *Ibid.*

397. *Employment Standards Act*, R.S.B.C. 1996, c. 113 (à jour le 14 mai 2001) (ci-après cité: « E.S.A. »).

398. E.S.A., art. 1(1).

399. *Ibid.*

De plus, l'ESA définit le « travail » :

« Work » means the labour or services an employee performs for an employer whether in the employee's residence or elsewhere ». <sup>400</sup>

Au-delà de ces définitions et des divers arguments de texte que l'on pourrait être tenté d'en tirer, la doctrine s'accorde à dire qu'essentiellement, ces lois s'appliquent au « *contract of employment* » et excluent l'entrepreneur indépendant (« *independant contractor* »). Contrairement à ce qui a cours en matière de régimes de rapports collectifs du travail, on n'a pas cru utile de créer une catégorie intermédiaire, l'entrepreneur dépendant, pour tenter d'infléchir l'interprétation de la notion d'employé dans le sens d'un élargissement.

Cela ne signifie pas pour autant que la portée de la notion d'employé sera, en matière de normes du travail, plus restreinte ou que l'interprétation sera plus restrictive. Comme on l'a vu plus haut, les tests de la common law ont considérablement évolué depuis le temps où ils ne reposaient que sur la notion de contrôle quasiment immédiat de l'exécution du travail (quoi et comment exécuter) et où l'on ne reconnaissait l'employeur que dans ses grands attributs classiques (embauche, paiement du salaire, contrôle des méthodes, pouvoir de suspendre et de congédier).

Fondamentalement, les tests appliqués maintenant découlent pratiquement tous du « *Fourfold test* » dont il a été question plus haut et ils posent tous, ultimement, la question centrale de savoir si la personne dont on cherche à déterminer le statut travaille dans le cadre de sa propre entreprise ou de celle d'un autre (« *whose business is it* »). Dans cette perspective, on s'est ouvert à examiner tous les aspects, y compris les indices économiques, caractérisant la relation contractuelle entre les parties. Cette démarche a

---

400. *Ibid.*

donné lieu à la mise au point de divers tests. On cite notamment le «*economic realities test* » qui pose les questions cruciales suivantes :

- « 1. Whether or not the agent was limited exclusively to the services of the principal;
2. Whether or not the agent is subject to the control of the principal not only for the product sold, but also as to when, where and how it is sold;
3. Whether or not the agent has an investment or interest in what are characterised as the «tools » relating to the service;
4. Whether or not the agent has undertaken any risk in the business sense or, alternatively, has any expectation of profit associated with the delivery of his service as distinct from a fixed commission;
5. Whether or not the activity of the agent is part of a business organisation of the principal for which he works. In other words, whose business is it? ». <sup>401</sup>

On a également utilisé le «*business integration test* » servant à déterminer si le travail d'une personne s'intègre à l'entreprise d'une autre (l'employeur) ou si elle lui est accessoire. Dans ce cadre, aux critères économiques typiques du «*Fourfold test* » que sont la propriété des outils et équipements et les chances de profit et risques de perte, on a ajouté la régularité et l'exclusivité de l'emploi, la capacité de déléguer l'exécution du travail à des aides ou remplaçants, l'incidence du statut juridique (i.e. incorporation) et l'image publique (la perception des autres travailleurs, le fait de porter l'uniforme ou de s'identifier à l'entreprise de l'autre). <sup>402</sup>

---

401. *Doyle c. London Life Ins. Co.*, non publié, 28 mars 1984, B.C.S.C.; cité dans I. Christie, G. England, W. B. Cotter, *Employment Law in Canada*, 2<sup>ème</sup> éd., Butterworths, Toronto 1993, p. 15, n. 36.

402. G. England, *Individual Employment law*, Irwin law, 2000, p. 15-16.

Il faut par ailleurs souligner que l'objectif de la loi constitue ici encore un élément déterminant de l'interprétation. S'agissant de normes minimales du travail, l'objectif de protection sociale ou, autrement dit, de lutte contre l'exploitation dans le cadre d'une prestation de travail, induit à prendre en considération la vulnérabilité ou précarité économique du prestataire et contribue à une interprétation plus libérale de la notion d'employé. Pour cette raison certains éléments des tests de la common law issus d'autres contextes (la responsabilité civile – «*vicarious liability*» – par exemple) pourront être pondérés ou écartés. Par contre, la seule dépendance économique n'est pas suffisante pour conférer le statut d'employé. Il faut retrouver un élément de contrôle ou de subordination qui sera toutefois apprécié à l'égard du cadre de travail plutôt qu'à celui de son exécution.

En somme, l'interprétation du statut d'employé dans de cadre des lois établissant des normes minimales de travail se fonde sur la distinction en common law entre le contrat de travail et le contrat d'entreprise telle qu'elle a évolué, faisant place à une analyse des facteurs économiques et organisationnels qui caractérisent la relation de travail. Étant donné l'objectif social de la loi (i.e. établir un plancher d'avantages restreints et minimaux), l'interprétation tendra à favoriser la reconnaissance de la relation d'emploi.

### 3- Accidents du travail et maladies professionnelles

#### a. Le régime fédéral

La compétence pour légiférer en matière d'indemnisation des victimes d'accidents du travail relève des provinces en vertu de l'A.A.N.B.<sup>403</sup> Le Parlement fédéral conserve néanmoins une compétence exclusive pour légiférer en ce domaine à l'égard de ses employés.

---

403. Voir : *Workmen's Compensation Board c. Canadian Pacific Railway Company*, (1920) A.C. 184; *C.S.S.T. c. Bell Canada*, (1988) 1 R.C.S. 749.

Ainsi, le salarié d'une entreprise privée (i.e. autre qu'un employé de la fonction publique fédérale) œuvrant dans un domaine de compétence fédérale, lorsqu'il est victime d'un accident du travail, sera régi par la loi provinciale du territoire où est située l'entreprise et où l'accident a été subi. Les dispositions de la loi applicable détermineront le statut de travail de la personne en cause et, en conséquence, si elle couverte et si cette couverture est obligatoire ou facultative (ex. le travailleur autonome au Québec).

Dans le cas d'un employé de la fonction publique fédérale,<sup>404</sup> c'est la *Loi sur l'indemnisation des agents de l'État*<sup>405</sup> qui s'applique. Ce régime prévoit que l'accidenté recevra les mêmes indemnités et autres avantages que ceux prévus par la loi provinciale en matière d'accidents du travail applicable sur le territoire où cet employé travaille habituellement.

#### b. Le régime de l'Ontario

La *Loi de 1997 sur la sécurité professionnelle et l'assurance contre les accidents du travail*<sup>406</sup> prévoit qu'elle s'applique aux employeurs et travailleurs visés par le champ d'application de la *Loi sur la santé et la sécurité au travail*.<sup>407</sup>

#### i. Le régime

Aux fins d'indemnisation des accidents du travail, la loi couvre le travailleur dont l'employeur œuvre dans une des industries mentionnées aux Annexes 1 et 2.

---

404. Il s'agit d'une personne employée formellement (« *Formal Hiring* ») d'un ministère, d'une corporation de la Couronne ou d'un de ses agents.

405. *Loi sur l'indemnisation des agents de l'État*, L.R.C., c. G-5.

406. L.O. 1997, chap. 16 Annexe A, modifié par l'ann. du chap. 26 de 1997; le chap. 36 de 1998; l'art. 67 du chap. 6 de 1999; l'ann. I du chap. 26 de 2000; l'art. 4 de l'ann. I du chap. 9 de 2001; l'art. 8 de l'ann. P du chap. 8 de 2002 (à jour au 29 juillet 2002) (ci-après citée : « L.s.p.a.a.t. »).

407. L.R.O. 1990, Chap. O.1, modifié par l'art. 2 du chap. 14 de 1992; l'art. 63 du chap. 21 de 1992; l'ann. du chap. 27 de 1993; l'art. 35 du chap. 24 de 1994; l'art. 83 du chap. 25 de 1994; l'art. 120 du chap. 27 de 1994; l'art. 84 du chap. 1 de 1995; les art. 28 à 32 du chap. 5 de 1995; l'art. 84 du chap. 4 de 1997; l'art. 2 du chap. 16 de 1997; les art. 49 à 60 du chap. 8 de 1998; l'art. 3 de l'ann. I du chap. 9 de 2001; l'art. 22 du chap. 13 de 2001; le chap. 26 de 2001 (à jour au 23 août 2002). L'arrimage se fait par les articles 3 et 11 (1) de la L.s.p.a.a.t. :

L'employeur visé par l'Annexe 1 verse une cotisation annuelle à la Commission de la sécurité professionnelle et de l'assurance contre les accidents du travail et bénéficie d'une immunité contre une poursuite judiciaire; il participe donc à un régime d'assurance où le risque est mutualisé à l'instar de ce qui existe au Québec en semblable matière. L'employeur visé par l'Annexe 2 ne paie pas de cotisation au fonds d'assurance collective. Il est personnellement tenu du versement au travailleur des indemnités prévues par le régime et, éventuellement, du remboursement à la Commission des prestations que celle-ci aura versées en son nom<sup>408</sup> au travailleur. De plus, il devra assumer sa juste part des frais d'administration de la Commission ou de toute autre dépense qu'il lui aura occasionné.<sup>409</sup>

## ii. Les statuts

La Loi définit le «travailleur » comme «quiconque a conclu un contrat de service ou d'apprentissage ou est employé aux termes d'un tel contrat, notamment : (...) 9. La personne qui est réputée être un travailleur d'un employeur par une directive ou une ordonnance de la Commission; 10. La personne qui est réputée être un travailleur aux termes de l'article 12 ». <sup>410</sup>

Cette définition réfère au «*contract of service* », l'équivalent du «*contract of employment* » que la common law distingue généralement du «*contract for services* » ou contrat d'entreprise.

La loi définit également l'« exploitant indépendant » («*independent operator*») comme « Quiconque oeuvre dans un secteur d'activité compris dans l'annexe 1 ou l'annexe 2 et

---

408. L.s.p.a.a.t., art. 90.

409. *Id.*, art. 85.

410. *Id.*, art. 2 (1).

n'emploie pas de travailleurs à cette fin». <sup>411</sup> L'exploitant indépendant peut se voir reconnaître le statut de travailleur selon l'article 12 qui stipule notamment : <sup>412</sup>

« 12. (1) Sur demande, la Commission peut déclarer que n'importe laquelle des personnes suivantes est réputée être un travailleur auquel s'applique le régime d'assurance :

1. Un exploitant indépendant qui exerce des activités dans un secteur d'activité compris dans l'annexe 1 ou l'annexe 2.
  2. Un propriétaire unique qui exerce des activités dans un secteur d'activité compris dans l'annexe 1 ou l'annexe 2.
- (...)

(3) La Commission peut faire la déclaration aux conditions qu'elle estime appropriées. La déclaration peut prévoir que la personne est réputée être un travailleur seulement pour la période qui est précisée.

(...)

(7) Aux fins du régime d'assurance, tant qu'une déclaration à l'égard d'une personne est en vigueur, la personne suivante est réputée être son employeur :

1. Dans le cas d'un exploitant indépendant ou d'un propriétaire unique, l'exploitant indépendant ou le propriétaire unique (...) ».

---

411. *Ibid.*

412. *Id.*, art. 12.

Le régime ontarien ne comporte pas de présomption assimilatrice au statut de travailleur comme c'est le cas pour la LATMP québécoise lorsque le travailleur autonome exerce des activités similaires ou connexes à celles qui sont exercées dans l'établissement. Pour parvenir à faire reconnaître comme son employeur celui qui a recours à ses services et l'obliger ainsi à verser la cotisation au régime, l'exploitant devra démontrer qu'il est un travailleur sans être un exploitant indépendant au sens de la loi, ce qui implique le recours aux divers tests de différenciation de statuts déjà mentionnés plus haut.

Par ailleurs, à l'égard de l'exploitant indépendant, le régime ontarien est similaire à la LATMP québécoise dans son traitement du «travailleur autonome» qui ne bénéficie pas de la présomption l'assimilant au travailleur. L'exploitant indépendant peut avoir accès au régime mais il doit alors assumer la cotisation de l'employeur. On notera néanmoins que les modalités d'accès sont plus réglementées. Alors qu'au Québec, on s'inscrit unilatéralement auprès de la CSST, dans le cas présent, on doit présenter une demande à la Commission qui a pleine latitude pour en disposer. Elle pourra être rejetée si le requérant se trouve dans l'un ou l'autre des cas d'exclusion qui suivent.

### iii. Les exclusions

En premier lieu, l'exclusion peut découler du fait que l'employeur (ou l'exploitant indépendant) n'œuvre pas dans une industrie visée par les Annexes 1 et 2.

En second lieu, la loi opère des exclusions même dans le cas où l'employeur (ou l'exploitant indépendant) évolue dans une activité couverte par les Annexes 1 et 2. Ces exclusions frappent (1) l'emploi occasionnel d'une personne à des fins autres que celles du secteur d'activité de l'employeur et (2) le travail à domicile ou ailleurs que chez l'employeur s'exerçant sur des articles ou matériaux et sans sa supervision :

« 113 (2) (...) »

1. Les personnes dont l'emploi par un employeur est occasionnel et qui sont employées à des fins autres que celles du secteur d'activité de l'employeur.
2. Les personnes à qui des articles ou des matériaux sont remis afin qu'elles les façonnent, les nettoient, les lavent, les modifient, les ornent, les finissent, les réparent ou les adaptent pour la vente chez elles ou en d'autres lieux qui ne sont pas sous la direction ou sous la surveillance de la personne qui les a remis ». <sup>413</sup>

En contre-partie de ces exclusions, la loi prévoit toutefois un droit d'action contre l'employeur ou la personne pour laquelle un travail est effectué. <sup>414</sup>

---

413. L.s.p.a.a.t. , art. 113 (2).

414. *Id.*, art. 114-115 : « 114. (1) Un travailleur peut intenter une action en dommages-intérêts contre son employeur pour une lésion qui survient dans l'une ou l'autre des circonstances suivantes : 1. Le travailleur est blessé par suite d'un défaut dans l'état ou l'aménagement des procédés, installations, machines, usines, bâtiments ou locaux utilisés dans le cadre des activités de l'employeur ou reliés ou destinés à celles-ci. 2. Le travailleur est blessé par suite de la négligence de l'employeur. 3. Le travailleur est blessé par suite de la négligence d'une personne au service de l'employeur qui agit dans le cadre de son emploi. (2) Si le travailleur décède par suite d'une lésion qui survient dans l'une ou l'autre des circonstances visées au paragraphe (1), une action en dommages-intérêts peut être intentée contre l'employeur par la succession du travailleur ou par toute personne qui a droit à des dommages-intérêts aux termes de la partie V de la Loi sur le droit de la famille. 115. (1) Un travailleur peut intenter une action en dommages-intérêts contre la personne pour laquelle un travail est effectué aux termes d'un contrat et contre l'entrepreneur et le sous-traitant, le cas échéant, pour une lésion qui survient dans l'une ou l'autre des circonstances suivantes : 1. La lésion survient par suite d'un défaut dans l'état ou l'aménagement des procédés, installations, machines, usines, bâtiments ou locaux, lesquels appartiennent à la personne pour laquelle le travail est effectué ou sont fournis par elle. 2. La lésion survient par suite de la négligence de la personne pour laquelle tout ou partie du travail est effectué. 3. La lésion survient par suite de la négligence d'une personne au service de la personne pour laquelle tout ou partie du travail est effectué et la personne qui a fait preuve de négligence agissait dans le cadre de son emploi. (2) Le paragraphe (1) n'a pas pour effet de porter atteinte aux droits ou aux obligations existant entre la personne pour laquelle le travail est effectué et l'entrepreneur ou le sous-traitant. (3) Le travailleur n'a pas le droit de recouvrer des dommages-intérêts aux termes du présent article de même qu'aux termes de l'article 114 pour la même lésion ».

c. Le régime de la Colombie-Britannique

Le régime établi par le *Workers Compensation Act*<sup>415</sup> est essentiellement similaire à son équivalent ontarien à cette différence près qu'il ne comporte pas une catégorie d'employeurs exonérés de payer la cotisation et personnellement tenus du versement au travailleur des indemnités prévues par le régime. Tous les employeurs visés par la Partie I de la loi doivent cotiser et les autres (Partie II) peuvent faire l'objet de recours tels qu'évoqués plus haut au sujet du régime de l'Ontario.

Le «travailleur» est défini comme suit :

« *worker* » includes :

- a) a person who has entered into or works under a contract of service or apprenticeship, written or oral, express or implied, whether by way of manual labour or otherwise;  
(...)
- f) an independent operator admitted by the board under section 2 (2);  
(...) ». <sup>416</sup>

Toujours à l'instar du régime ontarien, la Commission a le pouvoir de déterminer sur demande si un exploitant indépendant peut être couvert par le régime<sup>417</sup> et, dans l'affirmative, celui-ci devra payer la totalité de la cotisation que paierait normalement un

---

415. R.S.B.C. 1996, c. 492 (à jour le 18 février 2002) (ci-après cite: « W.C.A. »).

416. W.C.A., art. 1.

417. W.C.A., art. 2 (2) : « 2 (2) The board may direct that this Part applies on the terms specified in the board's direction (a) to an independent operator who is neither an employer nor a worker as though the independent operator was a worker, or (b) to an employer as though the employer was a worker ».

employeur.<sup>418</sup> La problématique de la qualification travailleur-exploitant indépendant sera la même. Notons toutefois que le régime de Colombie-Britannique n'exclut ni le travail à domicile ni, en principe, le travail occasionnel d'une personne à des fins autres que celles du secteur d'activité de l'employeur.

## B) Aux États-Unis

### 1- Rapports collectifs du travail

Le *National Labor Relations Act*<sup>419</sup> adopté en 1935 a constitué le modèle dont se sont inspirées toutes les lois canadiennes établissant des régimes de rapports collectifs du travail vers le milieu des années 40. Dans sa version originale, cette loi n'instituait des droits qu'en faveur des salariés (*employees*) et interdisait aux employeurs certaines pratiques (*unfair labor practices*) telles l'ingérence ou l'obstruction en matière de syndicalisation et le refus de négocier de bonne foi avec les représentants de l'association.

Le terme «*employee*» était vaguement défini («*any employee*»). Il incluait le salarié en conflit de travail ou ayant perdu son emploi en raison d'une pratique illégale de l'employeur et il excluait certaines catégories professionnelles de travailleurs.

En 1944, dans l'affaire *NLRB c. Hearst Publications*,<sup>420</sup> la Cour suprême des États-Unis eut à se prononcer sur la portée du terme «*employee*». Dans ce cas, l'employeur refusait de négocier avec une association formée par des vendeurs de journaux (*news boys*) au motif qu'il s'agissait d'entrepreneurs indépendants au sens du droit commun puisqu'ils

---

418. W.C.A., art. 39 (1).

419. *National Labor Relations Act* (1935), 49 Stat. 449; aussi appelé *Wagner Act*; ci-après «*N.L.R.A.*».

420. *NLRB c. Hearst Publications*, 322 US 111 (1944).

travaillaient sans supervision ni contrôle de sa part. La Cour suprême a maintenu la décision du National Labor Relations Board (N.L.R.B.) qui avait déterminé que ces personnes étaient des employés au sens du N.L.R.A.

Plus précisément, la Cour a estimé que le N.L.R.A. ne s'appliquait pas seulement à l'employé tel que traditionnellement défini en *common law* (i.e. à l'exclusion de l'entrepreneur indépendant); qu'il existait une variété de relations de service susceptibles d'être visées par le N.L.R.A.; et que la loi visant à régler un problème national à l'échelle nationale, on devrait hésiter à adopter des tests de la *common law* qui étaient d'ailleurs variables d'un État à l'autre. Le jugement considère que l'interruption du commerce par des grèves ou moyens de pression, que l'inégalité dans le pouvoir de négociation et que la praticabilité de la négociation collective («*amenability to collective bargaining*») peuvent tout aussi bien caractériser la réalité de l'entrepreneur indépendant que celle des employés. À l'égard d'une situation, si ces caractéristiques se rencontrent de telle sorte que les faits économiques rapprochent les rapports entre les parties davantage de la relation d'emploi que de l'entreprise indépendante, les personnes en cause devraient bénéficier des protections de la loi et on devrait mettre de côté la distinction juridique technique du droit commun antérieur qui n'a rien à voir avec les objectifs du N.L.R.A. Le jugement en vient à la conclusion que les travailleurs dont il analyse la situation, comme question de fait économique, étaient victimes des maux que le N.L.R.A. voulait éradiquer (état de faiblesse économique) et admissibles aux remèdes (rétablir l'équilibre des forces économiques par la négociation collective) qu'elle voulait apporter.

Cette approche, qualifiée de «*mischief remedy test*», fut explicitement désavouée lors des débats entourant l'adoption du *Labor Management Relations Act (Taft-Hartley Act)* de 1947.<sup>421</sup> À cette occasion,<sup>422</sup> on a fait valoir que la distinction de la *common law* entre l'employé et l'entrepreneur indépendant («*independant contractor*») devait s'appliquer. C'était dire que l'on devrait à l'avenir déterminer (1) si une personne opère sur une base

---

421. *Labor Management Relations Act* (1947), 61 Stat.136. Cette loi visait principalement à contrer certains abus de la part des associations de salariés en leur interdisant certaines pratiques.

422. H. R. Rep. No. 245, 80<sup>ème</sup> Cong., 1st Sess. 18 (1947).

de profit («*profit test*») ou si le prix de son travail équivaut à du salaire et (2) si elle assume la responsabilité de son travail ou si elle agit sous la direction de celui qui l'engage («*supervision and control test*»). C'est dans cette perspective que la définition du terme «*employee*» fut amendée pour en exclure le l'entrepreneur indépendant («*independant contractor*») se lisant comme suit :

«The term «employee» shall include any employee, and shall not be limited to the employees of a particular employer, unless this subchapter explicitly states otherwise, and shall include any individual whose work has ceased as a consequence of, or in connection with, any current labor dispute or because of any unfair labor practice, and who has not obtained any other regular and substantially equivalent employment, but shall not include any individual employed as an agricultural laborer, or in the domestic service of any family or person at his home, or any individual employed by his parent or spouse, or any individual having the status of an independant contractor, or any individual employed as a supervisor, or any individual employed by an employer subject to the Railway Labor Act (45 U.S.C. 151 et seq.), as amended from time to time, or by any other person who is not an employer as herein defined ».<sup>423</sup>

Cette nouvelle orientation fut généralement suivie par le N.L.R.B. durant les années 40 et 50.<sup>424</sup> On a appliqué la «*common law agency test*» qui accordait une place centrale au «*right to control*». On conclura à une relation d'emploi lorsque celui qui retient les services du travailleur conserve le droit de contrôler la manière («*manner*») et les moyens («*means*») par lesquels il parvient à un résultat. Si le contrôle ne s'exerce que sur le résultat, on sera dans une situation de travail indépendant. L'analyse se base sur les

---

423. N.L.R.A., 29 U.S.C., ch. 7, sec.152 (3). Notre soulignement.

424. Motomura, H., « Employees and Independant Contractors under the *National Labor Relations Act* », (1977-78) *Industrial Relations L.J.* 278.

faits selon une approche globale et multifactorielle (aucun fait ou facteur n'est en principe déterminant à lui seul) et non sur le langage contractuel.

Au cours des années 60 et par la suite, l'analyse s'est raffinée, le N.L.R.B. adoptant une conception plus large et plus souple du « contrôle ». Tout en se réclamant de la « *common law agency test* », on a accordé moins d'intérêt aux facteurs relatifs à l'exécution immédiate et quotidienne du travail et plus d'importance à ceux qui encadrent la relation contractuelle (« *arrangement* ») dans son ensemble. Ceci a eu pour effet de déplacer le foyer de l'analyse. On ne tient plus compte exclusivement du point de vue du donneur d'ouvrage (i.e. contrôle de l'exécution) mais aussi de la situation de celui qui fournit le travail, ce qui ouvre à la prise en considération de facteurs économiques (i.e. contrôle qui influe sur les occasions de profits et les risques de pertes chez l'entrepreneur). Dans cette nouvelle perspective, les indices se sont multipliés et on a introduit la technique de leur pondération en fonction chaque cas d'espèce. Ces développements ont considérablement augmenté le degré de discrétion du N.L.R.B.

Par ailleurs, cet organisme n'est pas le seul interprète de la notion d'employé. Les tribunaux de droit commun (« *Circuit Courts* ») sont appelés à rendre applicables les ordonnances (« *enforcement* ») du N.L.R.B. en matière de pratiques déloyales. Dans ce cadre, ils ne reconnaissent aucune expertise exclusive au N.L.R.B. quant à la définition de la notion d'employé qui conditionne la légalité de l'ordonnance. Au contraire, ils lui reprochent de ne pas considérer certains de leurs jugements comme des précédents qu'ils devraient suivre. Il arrive donc que plusieurs interprétations du N.L.R.B. soient désavouées, quelques tribunaux lui reprochant même de ne pas considérer certains de leurs jugements comme des précédents qui le lieraient. Il s'ensuit que la jurisprudence manque de cohérence.

La Cour suprême est intervenue dans le débat à quelques reprises notamment en 1968 dans l'affaire *NLRB c. United Insurance Co.*<sup>425</sup> pour rappeler que l'on devait toujours appliquer la « *common law agency test* » mais que, ce faisant, tous les faits pertinents à la

---

425. *NLRB c. United Insurance Co.*, 390 US 254, 67 LRRM (1968).

relation contractuelle devaient être pris en considération (pluralité des facteurs) et soupesés (pondération des facteurs), aucun facteur n'étant décisif à lui seul. Cette intervention n'a pas résolu le problème de la préséance d'expertise entre le N.L.R.B. et les tribunaux de droit commun, chacun se voyant conforté dans ses positions par ailleurs génératrices d'interprétations contradictoires.<sup>426</sup>

En 1992, la Cour suprême revenait encore sur le même sujet dans l'affaire *Nationwide Mutual Insurance Co. c. Darden*<sup>427</sup> dans le contexte cette fois de l'interprétation du *Employee Retirement Income Security Act*.<sup>428</sup> Réitérant à cette occasion son adhésion à la « *common law agency test* », la Cour énumère (non limitativement) pas moins de 13 critères à considérer pour les fins de son application.<sup>429</sup> Parmi eux, on remarque plusieurs facteurs à incidence économiques tels que la propriété des matériaux et des outils, la méthode de paiement, le degré d'intégration à l'entreprise-cliente et la durée de cette relation ainsi que le traitement fiscal réservé au fournisseur de la prestation

Plus globalement, un survol de la jurisprudence montre que des décisions ont été rendues dans des domaines variés : agents d'assurances, camionneurs-proprétaires, chauffeurs de taxi propriétaires et locataires, locataires ou concessionnaires de station-service, vendeurs-livreurs et vendeurs à commission, pigistes de divers genres (musiciens, photographes, annonceurs), concierges, arbitres dans le domaine du sport professionnel,

---

426. Strauss, J. H. « The Independent Contractor – Do We Know It When We See it? », (1984), Annual Midwinter Meeting of the Committee on Development of the Law Under the *National Labor Relations Act*, Committee of the Section of Labor and Employment Law of the American Bar Association (texte photocopié de la communication).

427. *Nationwide Mutual Insurance Co. c. Darden*, 503 US 318 (1992).

428. *Employee Retirement Income Security Act*, 29 USC ch 18, art. 1001 et s. (ERISA).

429. 1) le droit de contrôler la manière et les moyens d'accomplir le travail; 2) le degré de compétence (*skill*) exigé; 3) la propriété des matériaux et des outils; 4) l'endroit où est exécuté le travail; 5) la durée de la relation entre les parties; 6) le droit du bénéficiaire-client de la prestation d'assigner de nouveaux projets au fournisseur; 7) la discrétion du fournisseur de la prestation quant au moment et à la durée de son travail; 8) la méthode de paiement; 9) la capacité du fournisseur de s'adjoindre et de payer des aides; 10) le fait que le travail fasse partie de l'activité régulière du bénéficiaire-client; 11) le fait que le bénéficiaire-client soit en affaires; 12) les dispositions prises à l'égard des avantages typiques de l'employé et 13) le traitement fiscal réservé au fournisseur de la prestation.

etc.<sup>430</sup> Il est impossible de tirer de ces divers cas de figure une ou des lignes directrices en matière d'interprétation. On a décidé à peu près tout et son contraire. À cet égard les cas fort controversés des camionneurs-propriétaires et des chauffeurs de taxi sont particulièrement éloquentes malgré la très grande similitude des faits qui étaient portés à la connaissance des instances adjudicatrices.

En somme, on peut résumer la situation comme suit. En principe, on s'accorde pour dire que, pour distinguer l'employé visé par le N.L.R.A. de l'entrepreneur indépendant qui en est exclu, il faut appliquer la « *common law agency test* » privilégiant le « *right to control* ». Cet exercice, en l'absence d'une définition de l'entrepreneur indépendant, fait place à la prise en considération de nombreux facteurs (y compris des facteurs économiques mais sans poser carrément la question de la dépendance) et à leur pondération variable selon les contextes. Cette approche, combinée à l'existence de diverses instances d'interprétation, favorise l'éclectisme plutôt que la cohérence.

## 2- Normes du travail

Adopté en 1938, le *Fair Labor Standard Act*,<sup>431</sup>, traite du salaire minimum, du paiement du travail à taux majoré après 40 heures pour certaines catégories d'employés et de l'interdiction ou de la limitation du travail des enfants.

Il comporte des définitions peu explicites de l'employé (« *any individual employed by an employer* »)<sup>432</sup> et de l'employeur (« *any person acting directly or indirectly in the interest of an employer in relation to an employee ...* »).<sup>433</sup> Il définit par ailleurs de façon très englobante le fait d'employer (« *to employ* ») : « *includes to suffer or permit work* ».<sup>434</sup>

---

430. Voir P. Hardin (ed.), *The Developing Labor Law*, 3<sup>ème</sup> éd., Volume II, Washington, Bureau of national Affairs, 1992, pp. 1622-1633; C. T. Hexter, J. T. Neighbours, J. E. Higgins Jr. (eds), *The Developing Labor Law*, 3<sup>ème</sup> éd., 1999 *Cumulative Supplement*, Washington, Bureau of national Affairs, 1999, pp. 663-669.

431. *Fair Labor Standards Act of 1938*, 29 U.C.S. art. 201 et s. (chapter 8) (ci-après cite « F.L.S.A. »).

432. F.L.S.A., art. 203 (e).

433. F.L.S.A., art. 203 (d).

434. F.L.S.A., art. 203 (g).

Contrairement à ce qui a été le cas pour le N.L.R.A. et d'autres lois par la suite, la notion d'employé en vertu du F.L.S.A. a toujours été interprétée largement en recourant non pas à la « *common law agency test* » mais au « *economic realities test* »<sup>435</sup>. C'est à l'occasion de l'interprétation du *Social Security Act* de 1935<sup>436</sup> que la Cour suprême a estimé que la notion d'employé par rapport à celle d'entrepreneur indépendant devait être appréciée à la lumière de la réalité économique pure, c'est-à-dire de facteurs tendant à vérifier si, dans les circonstances, il y avait dépendance économique.<sup>437</sup> Le test utilisé comportait les facteurs suivants (nous ajoutons les actualisations subséquentes entre parenthèses): (1) le degré de contrôle (jusqu'à quel point y a-t-il contrôle et supervision incluant des directives); (2) chances de profits et pertes (tenant compte des méthodes de paiement et de l'existence d'un bénéfice); (3) l'investissement dans les équipements ou matériaux (responsabilités à l'égard des coûts d'opération et d'entretien); (4) la permanence de la relation (la durée de l'engagement et/ou les éventualités (« *expectations* ») de prolongement); (5) la compétence (« *skill* ») requise (le genre d'occupation et la nature de la compétence requise y compris les compétences acquises sur les lieux du travail).

Ce test fut plus tard déclaré pertinent pour les fins d'interprétation du F.L.S.A.<sup>438</sup> On précisa par la suite qu'il n'était pas exhaustif et qu'il ne devait pas être appliqué de façon mécanique en ajoutant :

«It is dependance that indicates employee status. Each test must be applied with that ultimate notion in mind. More important, the final and determinative question must be wether the total of the testing establishes the personnel are so dependant upon the business with which they are

---

435. Voir : Anthony P. Carnevale, Lynn A. Jennings and James M. Eisenmann, « Contingent Workers and Employment Law », in Kathleen Barker and Kathleen Christensen (eds), *Contingent Work. American Employment in Transition*, Ithaca and London, ILR Press (Cornell University Press), 1998, p. 281-284.

436. *Social security Act of 1935*, 49 Stat. 620.

437. *United States c. Silk*, 331 US 714 (1947).

438. *Ruterford Food Corp. c. McComb*, 331 US 722 (1947); *Goldberg c. Whitaker House Cooperative Inc.*, 366 US 28 (1961) (un cas de travail à domicile).

connected that they come within the protection of the F.L.S.A. or are sufficiently independent to lie outside its ambit ». <sup>439</sup>

L'approche retenue est directement tributaire des objectifs remédiateurs de la loi <sup>440</sup> et du fait qu'elle vise à assurer des conditions de travail minimales. Elle se rapproche singulièrement du « *mischief remedy test* » qu'avait déjà prôné la Cour suprême dans l'arrêt *NLRB c. Hearst Publication*.

### 3- Accidents du travail et maladies professionnelles

La quasi totalité des États se sont donnés une loi sur les accidents du travail prévoyant que l'employeur ou son assureur est tenu de défrayer les traitements médicaux requis pour l'employé victime d'un accident du travail ou atteint d'une maladie professionnelle et de lui verser des prestations pour compenser le salaire perdu en raison de son état. <sup>441</sup>

La couverture est obligatoire pour les employés (temps complet et temps partiel). La plupart des régimes excluent néanmoins certaines catégories professionnelles d'employés, les plus fréquentes étant le personnel domestique et travailleurs agricoles. Plusieurs excluent également le travail temporaire (« *casual work* ») qui est défini

---

439. *Usery c. Pilgrim Equipment Co. Inc.*, 527 F.2d 1308 (5th.Cir.).

440. F.L.S.A., art. 202: « Congressional finding and declaration of policy (a) The Congress finds that the existence, in industries engaged in commerce or in the production of goods for commerce, of labor conditions detrimental to the maintenance of the minimum standard of living necessary for health, efficiency, and general well-being of workers (1) causes commerce and the channels and instrumentalities of commerce to be used to spread and perpetuate such labor conditions among the workers of the several States; (2) burdens commerce and the free flow of goods in commerce; (3) constitutes an unfair method of competition in commerce; (4) leads to labor disputes burdening and obstructing commerce and the free flow of goods in commerce; and (5) interferes with the orderly and fair marketing of goods in commerce. That Congress further finds that the employment of persons in domestic service in households affects commerce. (b) It is declared to be the policy of this chapter, through the exercise by Congress of its power to regulate commerce among the several States and with foreign nations, to correct and as rapidly as practicable to eliminate the conditions above referred to in such industries without substantially curtailing employment or earning power ».

441. Pour une revue des différentes lois étatiques, voir : U. S. Department of Labor, *State Workers' Compensation Laws*, Washington, U. S. Department of Labor, janv. 1999.

différemment d'un État à l'autre. Il peut s'agir du travail incident (i.e. qui n'est pas requis dans le cours normal et habituel de l'entreprise), d'un travail qui n'est ni régulier, ni périodique, ni récurrent et sans relation avec les activités de l'entreprise, d'une prestation de travail purement accidentelle (par chance ou accident) ou encore d'une prestation de travail n'atteignant pas un seuil défini (i.e en termes de nombre de jours, de montant de salaire ou de coût salarial).

Une majorité d'États permet à l'entrepreneur indépendant («*sole proprietor*») de participer volontairement au régime en assumant le paiement de la totalité des cotisations.

Lorsque se pose la question de savoir si un travailleur est un employé (obligatoirement couvert) ou un entrepreneur indépendant (non couvert ou, selon le cas, pouvant adhérer volontairement et à ses frais au régime), les instances compétentes appliquent généralement la «*common law agency test*» utilisé en matière de rapports collectifs du travail. Dans les cas frontière, les tribunaux auront tendance à apprécier les indices ou critères du test en fonction la réalité économique dans laquelle se trouve le travailleur, favorisant ainsi une plus large couverture par le régime.

## II- LE NIVEAU DE PROTECTION

Rappelons que l'objectif de l'examen du niveau de protection des travailleurs atypiques est de vérifier leur accès aux différents avantages que comportent les lois composant la protection sociale des travailleurs. Nous ne procéderons pas à l'analyse de chacune des lois retenues pour l'Amérique du Nord à l'aide de la grille d'analyse que nous avons appliquée aux lois québécoises dans le chapitre 3. Nous vérifierons plutôt s'il existe une préoccupation à l'égard des employés en situation de travail non traditionnelle dans ces lois, celle-ci pouvant se manifester par l'existence de dispositions législatives les visant explicitement. Notre analyse sera donc centrée sur le contenu des lois et ne reposera pas sur un usage exhaustif de la jurisprudence et de la doctrine qui s'y rattachent.

### A) Canada

Notons d'entrée de jeu qu'en vertu des principes de la *common law* applicables au contrat individuel de travail dans les provinces autres que le Québec, un contrat de travail peut être conclu pour une durée indéterminée, auquel cas il peut être rompu si un préavis d'une durée raisonnable est donné, ou pour une durée déterminée.<sup>442</sup> Aucune autre distinction n'est relative au statut d'emploi :

---

442. Donald D. Carter, Geoffrey England, Brian Etherington et Gilles Trudeau, *Labour Law in Canada*, 5<sup>ème</sup> éd., The Hague, Kluwer Law International/Butterworths, Toronto, 2002, 360 pages, p. 94.

« In Canada, both the common law and the civil law of Quebec make no distinction in principle between full-time and part-time employees, between regular and casual employees or between probationary and seniority rated employees. In as much as collective bargaining and legislative provisions create special duties, rights and obligations in respect of probationary, part-time and casual employees, this has no effect on the legal classification of such employees ». <sup>443</sup>

Il faut donc rechercher dans les lois particulières s'il existe des facteurs de distinction qui pourraient générer des différences dans le niveau de protection des employés en fonction de leur statut de travail.

#### 1- Normes minimales du travail

Nous analyserons les lois portant sur les normes minimales du travail en procédant pour chacune de la même manière. Après avoir fait un survol des avantages que la loi aménage, nous étudierons les conditions d'accès à ces normes afin de vérifier si elles font référence à la situation particulière des travailleurs atypiques. Nous repérerons ensuite les normes dont l'accès repose sur une condition de durée de service et, le cas échéant, vérifierons la définition que la loi donne de cette exigence. Nous identifierons enfin les dispositions qui permettent d'apprécier la relation d'emploi dans un cadre qui va au-delà des frontières d'un seul employeur et qui peuvent être adaptées à la situation d'un employé travaillant successivement ou concurremment pour des employeurs différents.

---

443. *Id.*, p. 80.

a. *Code canadien du travail*

i. Un survol des normes

La Partie III du *Code canadien du travail* définit les normes minimales du travail applicables aux entreprises fédérales en ce qui concerne la durée du travail,<sup>444</sup> le salaire minimum<sup>445</sup> et l'égalité des salaires,<sup>446</sup> les congés annuels,<sup>447</sup> les jours fériés<sup>448</sup> et divers congés.<sup>449</sup> Elle comprend de plus des normes relatives à la protection de l'emploi tenant aux licenciements collectifs<sup>450</sup> et individuels,<sup>451</sup> à l'indemnité de départ,<sup>452</sup> au congédiement injuste<sup>453</sup> ainsi que des normes prohibant l'imposition par l'employeur de mesures en raison de l'absence d'un employé à la suite d'une maladie pour une période n'excédant pas douze semaines,<sup>454</sup> d'un accident de travail ou d'une maladie professionnelle.<sup>455</sup> Le Code reconnaît le droit d'une employée enceinte ou qui allaite, d'une employée en congé de maternité ou d'un ou une employé(e) en congé parental de réintégrer son emploi ou un emploi comparable à son retour de congé.<sup>456</sup>

ii. L'accès à ces normes

Les employés en situation de travail non traditionnelle ont-ils accès à ces protections? Le *Code canadien du travail* ne vise pas explicitement, dans le texte législatif, la situation

---

444. *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), c. L-2 (ci-après cité : « C.c.t. »), art. 169 et s.

445. *Id.*, art. 178 et s.

446. *Id.*, art. 182 et s.

447. *Id.*, art. 183 et s.

448. *Id.*, art. 191 et s.

449. *Id.*, art. 204 et s. (congés familiaux) et art. 210 et s. (décès d'un proche parent).

450. *Id.*, art. 211 et s.

451. *Id.*, art. 230 et s.

452. *Id.*, art. 235 et s.

453. *Id.*, art. 240 et s.

454. *Id.*, art. 239 et s.

455. *Id.*, art. 239.1 et s.

456. *Id.*, art. 209.1 (1) et (2).

des travailleurs en situation non traditionnelle à l'exception des modalités particulières qui peuvent être prévues par règlement pour « établir le mode de détermination de la longueur du congé annuel et de calcul de l'indemnité de congé annuel correspondante dans le cas d'employés saisonniers ou temporaires ou dans d'autres cas appropriés »<sup>457</sup> ou pour exempter de la procédure applicable en matière de licenciement collectif les employeurs qui licencient des « employés travaillant sur une base saisonnière ou irrégulière ».<sup>458</sup> Le *Code canadien du travail* comprend un principe d'égalité des salaires renvoyant expressément aux actes discriminatoires définis suivant la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.<sup>459</sup> Il ne garantit pas directement l'égalité de traitement pour les employés en fonction de leur statut d'emploi. C'est donc par un examen des modalités générales d'accès aux différents avantages qu'il est possible de cerner le niveau de protection réservé aux employés atypiques.

Dans plusieurs cas, les conditions d'accès limitent l'effet d'exclusion des employés en situation de travail non traditionnelle. Par exemple, l'attribution des jours fériés que prévoit le Code<sup>460</sup> ne tient pas à une condition de jour ouvrable, condition parfois difficile à rencontrer ou à démontrer pour un employé dont la prestation de travail est irrégulière. « (C)haque employé a droit à un congé payé lors de chacun des jours fériés tombant au cours de toute période d'emploi ».<sup>461</sup> Lorsqu'un jour férié coïncide avec un jour normalement chômé par un employé, celui-ci « a droit à un congé payé; il peut soit l'ajouter à son congé annuel, soit le prendre à une date convenable pour lui et son employeur ».<sup>462</sup> La rémunération des jours fériés doit équivaloir au salaire normalement

---

457. *Id.*, art. 190, paragr. f).

458. *Id.*, art. 227 a). Le *Règlement du Canada sur les normes du travail* (C.R.C.. Vol. X, c. 986, art. 28, ci-après cité : « R.C.n.t .») prévoit l'exemption des employeurs dans le cas du licenciement d'employés saisonniers ou d'« employés occasionnels engagés en vertu d'une entente selon laquelle ces derniers sont libres d'accepter ou non de travailler lorsqu'on leur demande de le faire ».

459. L.R.C. 1985, c. H-6.

460. Les jours fériés au sens du *Code canadien du travail* sont identifiés à l'article 166.

461. C.c.t., art. 192.

462. *Id.*, art. 193(1) et (2). Voir aussi art. 187.

gagné pour une journée normale de travail<sup>463</sup> et des modalités particulières sont prévues par règlement pour le calcul du salaire régulier d'un employé «dont la durée de travail varie d'un jour à l'autre».<sup>464</sup> Toutefois, cette indemnité n'est pas due à l'employé pour un jour férié «qui tombe dans ses trente premiers jours de service pour un employeur»<sup>465</sup> ou pour un employé qui, dans les trente jours précédents, n'a pas eu droit à un salaire pour au moins quinze jours, sauf si ses conditions d'emploi en matière d'horaire de travail «sont telles qu'il ne peut établir son droit à un salaire pour au moins quinze des trente jours qui précèdent un jour férié...».<sup>466</sup> Les conditions de rémunération des jours fériés tiennent donc compte de l'irrégularité de l'horaire de travail. Notons aussi qu'au chapitre de la durée du travail, le code prévoit une journée normale de travail de 8 heures et une semaine normale de travail de 40 heures,<sup>467</sup> le travail exécuté au-delà de la durée normale de travail devant être rémunéré à taux majoré.<sup>468</sup> L'établissement d'une journée normale de travail rend cette norme accessible à un travailleur à temps partiel.<sup>469</sup>

### iii. L'exigence d'une durée de service

Plusieurs des normes prévues dans le *Code canadien du travail* sont assujetties à une condition de durée de service, qu'il s'agisse de la durée des congés annuels,<sup>470</sup> de l'accès au congé de maternité et au congé parental,<sup>471</sup> de la rémunération du congé lors du décès

---

463. *Id.*, art. 196 (2) et (3).

464. R.C.n.t., art. 17 et 18.

465. C.c.t., art. 202 (1) et (2). Une personne est «réputée au service d'une autre lorsqu'elle est à sa disposition même si elle ne travaille pas effectivement». (C.c.t., art. 202 (2)).

466. *Id.*, art. 201 (1) et (3).

467. *Id.*, art. 169 (1).

468. *Id.*, art. 174.

469. Par ailleurs, le Code canadien prévoit que le nombre d'heures de travail qu'un employé peut travailler au cours d'une semaine ne doit pas dépasser 48 heures par semaine (art. 171 (1)), ce qui vient baliser l'obligation imposée à un employé de faire du temps supplémentaire.

470. *Id.*, art. 184 : La durée varie de deux à trois semaines selon le nombre d'années de service accomplies.

471. *Id.*, art. 206 et 206(1) : Ces congés sont accessibles pour un ou une employé(e) qui travaille sans interruption pour un employeur depuis au moins six mois.

d'un proche parent,<sup>472</sup> du droit recevoir un préavis ou une indemnité en tenant lieu avant son licenciement<sup>473</sup> et une indemnité de départ dont le montant varie selon le nombre d'heures de travail normal et les années de service,<sup>474</sup> de l'interdiction de l'employeur de congédier, suspendre, mettre à pied, rétrograder ou prendre des mesures disciplinaires à l'encontre d'un employé pour une absence en raison de maladie pour une période qui ne dépasse pas douze semaines,<sup>475</sup> du droit d'une personne qui se croit injustement congédiée de contester ce congédiement.<sup>476</sup> Cette exigence de durée de service n'est nulle part définie dans la loi, mais elle y est presque toujours formulée dans les mêmes termes : il s'agit de la période où un employé travaille sans interruption, depuis un nombre de mois qui varie selon les avantages en cause, pour le même employeur.<sup>477</sup> Par ailleurs, le Code précise que certaines absences n'interrompent pas la durée de l'emploi, même si la période de congé n'est pas prise en compte dans ce calcul sauf en ce qui concerne les prestations reliées à la retraite, la maladie, l'invalidité et pour la détermination de l'ancienneté,<sup>478</sup> et que le transfert de l'entreprise d'un employeur à un autre n'a pas pour effet d'interrompre le lien d'emploi.<sup>479</sup> Bref, le recours étendu à une exigence de durée de service peut constituer un frein à l'accès des employés atypiques aux protections importantes que ce texte confère, d'autant qu'on n'y trouve aucune précision sur l'interprétation que devrait recevoir cette exigence lorsqu'un lien d'emploi est discontinu

- 
472. *Id.*, art. 210 : Cet avantage est accessible uniquement aux employés ayant accompli au moins trois mois de service continu chez un même employeur.
473. *Id.*, art. 230 (1) : Ce droit est réservé à tout employé qui travaille pour un employeur sans interruption depuis au moins trois mois.
474. *Id.*, art. 235 (1) : Ce droit est réservé à tout employé licencié qui travaille sans interruption pour un employeur depuis au moins douze mois.
475. *Id.*, art. 239 (1) : Ce droit est ouvert à tout employé qui travaille sans interruption pour l'employeur depuis au moins trois mois.
476. *Id.*, art. 240(1) : Ce recours est ouvert à l'employé qui travaille sans interruption depuis au moins douze mois pour le même employeur.
477. Les seules variations dans la rédaction de l'exigence d'une durée service se trouvent à l'article 183 du Code, qui définit l'année de service utilisée aux fins du congé annuel comme étant une « (p)ériode d'emploi ininterrompu par le même employeur » et à l'article 210 (2), qui vise le « service continu chez un même employeur ».
478. *Id.*, art. 239(2.1) et (3.1) – congé de maladie ne dépassant pas douze semaines; art. 239.1 (5) et (9) – accident ou maladie professionnelle; art. 209.2 (1) et (4) retrait préventif, congé de maternité ou congé parental. Voir aussi : R.C.n.t., art. 29 (effet de la mise à pied sur la durée de service).
479. C.c.t., art. 189 (1).

parce qu'il se déroule par une succession de contrats à durée déterminée ou par des prestations de travail intermittentes pour un même employeur. Toutefois, il faut noter que plusieurs avantages sont soumis à une durée de service assez courte, ce qui limite l'effet d'exclusion.

#### iv. Le cadre d'appréciation du lien d'emploi

Le cadre d'appréciation de l'exigence de durée de service est le lien d'emploi entre un employé et un employeur mais le *Code canadien du travail* comporte des dispositions permettant de tenir compte de la situation d'un employé travaillant pour des employeurs multiples. Ainsi, le Code prévoit le pouvoir du gouvernement d'apporter des modifications aux normes relatives au congé annuel, aux jours fériés, au congé parental et de maternité, au congé de décès, aux licenciements individuels, à l'indemnité de départ, aux congés de maladie et au congédiement injuste, « qu'il estime nécessaire pour garantir aux employés qui sont au service de plusieurs employeurs des droits et indemnités équivalents dans la mesure du possible à ceux dont ils bénéficieraient, aux termes de la section en cause, s'ils travaillaient pour un seul employeur ».<sup>480</sup> La notion de « travail au service de plusieurs employeurs » est définie comme « l'emploi dans un secteur d'activité où il est d'usage que les employés, ou certains d'entre eux, travaillent au cours du même mois pour plusieurs employeurs ».<sup>481</sup> Le *Code canadien du travail* permet aussi que plusieurs entreprises « associées ou connexes exploitées par plusieurs employeurs en assurant le contrôle ou la direction » soient déclarées par le ministre comme un seul employeur aux fins de l'attribution des normes minimales du travail. Les employeurs ainsi visés deviennent « solidairement responsables, envers les employés travaillant dans les entreprises fédérales mentionnées, du paiement des heures supplémentaires, des indemnités de congé annuel et de jour férié et de tout autre salaire ou toute autre prestation auxquels ceux-ci ont droit aux termes de la présente partie ».<sup>482</sup> Cette

---

480. *Id.*, art. 203(2).

481. *Id.*, art. 203(1). Voir par exemple, pour les emplois du débardage : R.C.n.t., art. 19.

482. *Id.*, art. 255.

déclaration par arrêté ministériel ressemble à la déclaration d'employeur unique possible aussi, suivant d'autres voies, en matière de rapports collectifs du travail.

b. Ontario : *Loi de 2000 sur les normes d'emploi*<sup>483</sup>

i. Un survol des normes

En Ontario, les normes minimales du travail sont, tout comme au Québec, régies par une loi particulière. Celle-ci a été modifiée de façon importante en 2001.<sup>484</sup> La *Loi de 2000 sur les normes d'emploi* établit des normes d'emploi minimales<sup>485</sup> portant notamment sur le salaire minimum,<sup>486</sup> les heures de travail,<sup>487</sup> les jours fériés,<sup>488</sup> les vacances annuelles,<sup>489</sup> les congés,<sup>490</sup> le préavis de licenciement ou indemnité en tenant lieu<sup>491</sup> et l'indemnité de cessation d'emploi.<sup>492</sup>

---

483. *Loi de 2000 sur les normes d'emploi* (Employment Standards Act, 2000), L.O. 2000, chap. 41, modifiée par l'art. 1 de l'ann. I du chap. 9 de 2001 (à jour au 13 août 2002) (ci-après citée : « L.n.e. »).

484. La *Loi de 2000 sur les normes d'emploi* remplace la *Loi sur les normes d'emploi* (Employment Standards Act), L.R.O. 1990, chap. E.14 et est applicable depuis le 4 septembre 2001. Par ailleurs, le projet de *Loi de 2002 sur l'efficience du gouvernement*, introduira, s'il est adopté, de nouvelles modifications à la L.n.e.

485. L.n.e., art. 5.

486. *Id.*, art. 23.

487. *Id.*, art. 17-22.

488. *Id.*, art. 24-32.

489. *Id.*, art. 33-41.

490. *Id.*, art. 45-53.

491. *Id.*, art. 54-62.

492. *Id.*, art. 63-66.

Notons que la loi prohibe les mesures de représailles imposées par l'employeur à la suite de l'exercice par l'employé d'un droit que lui confère la loi<sup>493</sup> mais qu'elle ne comporte pas de recours à l'encontre d'un congédiement injuste pouvant conduire à la réintégration en emploi comme la *Loi sur les normes du travail*<sup>494</sup> ou le *Code canadien du travail*.<sup>495</sup> Par ailleurs, l'employé(e) en congé de maternité, en congé parental ou en congé spécial a le droit d'être réintégré(e) à la fin de son congé dans «le poste qu'il (elle) occupait le plus récemment ou, s'il n'existe plus, dans un poste comparable », mais ce droit ne s'applique pas « si l'emploi de l'employé(e) se termine uniquement pour des motifs non liés au congé »,<sup>496</sup> ce qui de toute évidence concerne l'employé embauché pour une durée déterminée.

## ii. L'accès à ces normes

Les employés atypiques ne sont pas exclus du champ d'application de la loi mais plusieurs sont assujettis, par règlement, à des conditions particulières ou exclus de l'accès à certaines normes.<sup>497</sup> Il en est ainsi du travailleur à domicile, de l'employé qui effectue un «travail au choix », c'est-à-dire celui qui peut choisir de travailler lorsqu'on le lui demande ou refuser sans être pénalisé, du travailleur sous contrat à durée déterminée et du travailleur saisonnier, comme nous le verrons ci-après. Quant aux travailleurs à temps partiel, ils ne font l'objet d'aucune mesure particulière dans la loi ou le règlement même si leur situation est évidemment affectée s'ils travaillent dans un secteur ou un emploi qui n'est pas visé par la loi ou qui est régi par des règles particulières. La loi établit un principe d'égalité, applicable tant au taux de salaire<sup>498</sup> qu'aux régimes d'avantages

---

493. *Id.*, art. 74. Sur le pouvoir de l'agent des normes d'emploi d'ordonner l'indemnisation des pertes subies ou la réintégration, voir : *Id.*, art. 104 (1).

494. *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., c. N-1.1, art. 124.

495. C.c.t, art. 240 et s.

496. L.n.e., art. 53 (1) et (2).

497. *Id.*, art. 141. Pour un inventaire des règles applicables à différentes catégories d'employés, voir le tableau à l'adresse suivante: [http://www.gov.on.ca/LAB/esa/esa\\_ffs\\_covered\\_f.ttm#elect](http://www.gov.on.ca/LAB/esa/esa_ffs_covered_f.ttm#elect).

498. L.n.e., art. 42.

sociaux,<sup>499</sup> mais la situation de travail n'est pas un des facteurs de distinction prohibé. La règle établissant un salaire égal pour un travail égal prohibe la discrimination salariale fondée sur le sexe<sup>500</sup> et ne s'applique pas lorsque la différence de taux de salaire se fonde, notamment, sur « tout autre facteur que le sexe ».<sup>501</sup> Aucun employeur ne doit offrir un régime d'avantages sociaux qui fait une distinction entre les employés fondée « sur l'âge, le sexe ou l'état matrimonial ou le partenariat avec une personne de même sexe des employés ».<sup>502</sup> Nulle mention n'est faite de la distinction engendrée par la situation de travail.

Le travailleur à domicile est défini dans la loi comme un « particulier qui exécute un travail en échange d'une rémunération dans des locaux qu'il occupe principalement comme logement ». Sauf s'il est un entrepreneur indépendant, il est un employé au sens de la loi.<sup>503</sup> L'employeur doit consigner à son égard des renseignements comme il le fait pour ses autres employés<sup>504</sup> et il doit de plus tenir un registre des travailleurs à domicile qu'il emploie.<sup>505</sup> Le règlement prévoit aussi le principe d'un taux de salaire majoré pour le travailleur à domicile : ce taux est fixé à 110 % de celui des autres employés, afin de tenir compte des frais de sa situation particulière d'emploi.<sup>506</sup>

La L.N.E. n'assujettit pas l'octroi de jours fériés à une condition de durée d'emploi. L'employé a droit aux jours fériés prévus par la loi,<sup>507</sup> que ce jour tombe un jour ouvrable pour lui<sup>508</sup> ou non.<sup>509</sup> Toutefois, en vertu du règlement, l'employé qui fait du « travail au

---

499. *Id.*, art. 1(1) et art. 43-44.

500. *Id.*, art. 42 (1).

501. *Id.*, art. 42(2)d).

502. *Id.*, art. 44 (1).

503. *Id.*, art. 1(1). Est un employé « quiconque est un travailleur à domicile ».

504. *Id.*, art. 15 (1).

505. *Id.*, art. 15 (2) et (6).

506. *Exemptions, Special Rules and Establishment of Minimum Wage*, Ontario Regulation 285/01, Amended O. Reg. 361/01, art. 5(1), paragr. 4. Il est donc actuellement de 7,54 \$ au lieu de 6,85 \$.

507. L.n.e., art. 1(1).

508. *Id.*, art. 26(1) et 27.

509. *Id.*, art. 29(1).

choix »<sup>510</sup> est exclu des normes relatives aux jours fériés. Lorsqu'il travaille un jour férié, l'employeur doit lui payer au moins un taux normal majoré de 50 % pour les heures travaillées pendant un jour férié.<sup>511</sup> Les employés saisonniers du secteur de l'hôtellerie sont aussi exclus de ces dispositions.<sup>512</sup>

Les employés effectuant un « travail au choix », sont aussi exclus de l'application du préavis de licenciement ou à l'indemnité en tenant lieu, ainsi que de l'indemnité de cessation d'emploi.<sup>513</sup> Quant au travailleur sous contrat à durée déterminée, il est exclu par règlement, dans certaines circonstances, du droit au préavis ou à l'indemnité en tenant lieu.<sup>514</sup>

---

510. *Exemptions, Special Rules and Establishment of Minimum Wage*, art. 9 (1) (k) : « a person who is employed under an arrangement whereby he or she may elect to work or not when requested to do so ».

511. L.n.e., art. 29 (1) et (2).

512. *Id.*, art. 9. (1) (j). Cet article exclut ainsi « a person who is employed as a seasonal employee in a hotel, motel, tourist resort, restaurant or tavern and provided with room and board ». Aux fins du règlement, l'employé saisonnier (seasonal employee) est « an employee who works not more than 16 weeks in a calendar year for an employer » (*Id.*, art 1(j)).

513. *Termination and Severance of Employment*, Ontario Regulation 288/01, art. 2(1) paragr. 10 and art. 9(1) paragr. 9.

514. *Id.*, art. 2(1). Est exclu: « an employee who is hired on the basis that his or her employment is to terminate on the expiry of a definite term or the completion of a specific task. (...) ». Cette exclusion n'est pas applicable dans les cas suivants: « (a) the employment terminates before the expiry of the term or the completion of the task; (b) the term expires or the task is not yet completed more than 12 months after the employment commences; or(c) the employment continues for three months or more after the expiry of the term or the completion of the task » (*Termination and Severance of Employment*, art. 2 (2)).

Enfin, le droit pour l'employé d'être rémunéré à taux majoré ne commence qu'après 44 heures de travail par semaine,<sup>515</sup> ce qui pour effet d'exclure l'employé à temps partiel du bénéfice de cette norme. La loi définit bien une « journée normale de travail » et « une semaine normale de travail », en référence au nombre d'heures habituels de travail d'un employé,<sup>516</sup> mais ces notions viennent plutôt baliser, dans une certaine mesure, le droit de l'employeur d'exiger qu'un travail soit effectué au-delà de l'horaire normal de travail.<sup>517</sup>

iii. L'exigence d'une durée de service

Un employeur ne peut mettre fin à l'emploi d'un employé « qu'il emploie de façon continue au moins depuis trois mois » que s'il lui a remis un préavis écrit<sup>518</sup> ou une indemnité en tenant lieu.<sup>519</sup> La durée de ce préavis varie selon la « période d'emploi » de l'employé, et est, dans la meilleure hypothèse, de huit semaines lorsque la période d'emploi d'un employé est d'au moins huit ans.<sup>520</sup> L'employeur doit aussi, dans certains

---

515. L.n.e., art. 22(1).

516. La semaine normale de travail « (r)elativement à un employé qui travaille habituellement le même nombre d'heures par semaine, s'entend d'une semaine de ce nombre d'heures, sans compter les heures supplémentaires ». La journée normale de travail, « (r)elativement à un employé qui travaille habituellement le même nombre d'heures par jour, s'entend d'un jour de ce nombre d'heures » (*Id.*, art. 1 (1)).

517. Ainsi, « (a)ucun employeur ne doit exiger ou permettre que l'employé travaille (...) soit plus de huit heures par jour ou plus du nombre d'heures de sa journée normale de travail si celle que l'employeur fixe à son égard est de plus de huit heures; (...) soit plus de 48 heures par semaine de travail » – *Id.*, art. 17 (1). Cependant, l'employeur peut permettre à l'employé de travailler un nombre maximal d'heures plus élevé s'ils en conviennent par écrit et si « l'employé ne travaille pas plus de 60 heures par semaine ». – art. 17(2). Par ailleurs, les exclusions sont nombreuses : ainsi en est-il de certains travailleurs saisonniers assujettis à une norme différente en ce qui concerne les heures supplémentaires de travail: *Exemptions, Special Rules and Establishment of Minimum Wage*, art. 15: « Despite Part VIII of the Act, the employer shall pay a seasonal employee whose employment is directly related to the canning, processing and packing of fresh fruits or vegetables or their distribution by the canner, processor or packer overtime pay for each hour worked in excess of 50 hours in a work week, at an amount not less than one and one-half times the employee's regular rate ».

518. *Id.*, art. 54.

519. *Id.*, art. 61(1).

520. *Id.*, art. 57.

cas,<sup>521</sup> verser une indemnité de cessation d'emploi à une personne qu'il a employée « pendant cinq ans ou plus ».<sup>522</sup> La détermination du montant de cette indemnité varie selon le nombre d'« années complètes d'emploi de l'employé ».<sup>523</sup> Une exigence de durée de service module aussi l'accès au congé de maternité,<sup>524</sup> au congé parental<sup>525</sup> ainsi la durée des vacances annuelles.<sup>526</sup> Plusieurs dispositions laissent croire que la durée de service ainsi considérée est la durée du lien d'emploi, et non la seule durée des périodes de travail effectif, même si on ne trouve dans la loi aucune définition de la notion de durée d'emploi.<sup>527</sup> Par ailleurs, le transfert d'entreprise n'interrompt pas le calcul de la durée d'emploi ou de la période d'emploi d'un employé qui continue de travailler pour le nouvel employeur sauf si celui-ci embauche l'employé plus de treize semaines après le jour de la vente ou après son dernier jour d'emploi auprès du premier employeur.<sup>528</sup> On peut donc penser qu'une prestation de travail irrégulière n'affecte pas automatiquement la durée de service d'un employé pour autant que le lien d'emploi soit maintenu. La longue

- 
521. Il doit s'agir d'une cessation d'emploi au sens de l'article 63 de la Loi. Le droit à l'indemnité pour l'employé au service de l'employeur depuis plus de cinq ans ne naît que s'il s'agit d'une interruption permanente de tout ou partie de l'entreprise affectant 50 employés ou plus ou que la masse salariale de l'employeur est d'au moins 2,5 millions de dollars (*Id.*, art. 64(1)).
522. *Id.*, art. 64(1).
523. *Id.*, art. 65 (1).
524. *Id.*, art. 46(1): « L'employée enceinte a droit à un congé non payé à moins que la date prévue de la naissance ne tombe moins de 13 semaines après le début de son emploi ».
525. *Id.*, art. 48(1) – accessible à « l'employé qui est employé par son employeur depuis au moins 13 semaines ».
526. *Id.*, art. 33 : d'au moins deux semaines après chaque période d'emploi de 12 mois, la loi précisant qu'« (i) est tenu compte de l'emploi effectif et non effectif » pour l'application de ce paragraphe.
527. La loi précise en effet que la durée d'un congé de maternité, d'un congé parental ou d'un congé spécial doit être incluse dans la durée de l'emploi d'un employé, « qu'il s'agisse ou non d'un emploi effectif » (*Id.*, art. 52(1)). La période d'emploi considérée aux fins de l'établissement du préavis prend aussi en compte les « périodes d'emploi non effectif, notamment de congé » (*Id.*, art. 59 (1)). L'article 8(2) du règlement *Termination and Severance of Employment* dispose : « (2) For the purpose of subsection (1), two successive periods of employment that are not more than 13 weeks apart shall be added together and treated as one period of employment ». Aux fins de l'indemnité de cessation d'emploi, la loi précise enfin que « (1) a période d'emploi de l'employé auprès de l'employeur, qu'elle soit continue ou non et qu'il s'agisse d'un emploi effectif ou non, est prise en compte pour établir s'il a droit à l'indemnité de cessation d'emploi (...) et pour la calculer (...) ». (L.n.e., art. 65(2)).
528. *Id.*, art. 9. Voir aussi les dispositions équivalentes concernant un nouveau fournisseur de services de gestion d'immeubles (art. 10).

durée de service exigée pour accéder à certains avantages est toutefois une véritable limite au niveau de protection des employés atypiques en vertu de la loi.

#### iv. Le cadre d'appréciation du lien d'emploi

La loi ontarienne prévoit que lorsque «des activités ou des entreprises associées ou liées sont ou étaient exercées ou exploitées par l'employeur et une ou plusieurs autres personnes ou par leur intermédiaire » et qu'« un tel arrangement a ou a eu pour objet ou pour effet de faire échec, directement ou indirectement, à l'objet de la présente loi », ces employeurs doivent être considérées « comme un seul employeur pour l'application de la présente loi ». <sup>529</sup> Cette solution s'impose « même si les activités ou les entreprises ne sont pas exercées ou exploitées en même temps ». <sup>530</sup>

Outre la définition de l'employeur, <sup>531</sup> cette disposition pourrait régir des situations des relations triangulaires de travail lorsque leur établissement a été établi dans un but de fraude à la loi. Il s'agit maintenant du seul dispositif de la loi qui pourrait être adapté à la situation des agences de placement temporaire. En effet, la *Loi sur les agences de placement* <sup>532</sup> qui s'appliquait en Ontario aux entreprises dont l'activité était de procurer à autrui soit de la main-d'œuvre, soit un emploi moyennant le versement de droits, a été abrogée par la *Loi de 2000 sur les normes d'emploi*. <sup>533</sup> Ces entreprises ne sont donc plus tenues de détenir un permis d'exploitation, obligation qui leur était faite avant l'abrogation de la loi. <sup>534</sup>

---

529. *Id.*, art. 4 (1) et (2).

530. *Id.*, art. 4 (3).

531. *Id.*, art. 1(1).

532. *Loi sur les agences de placement (Employment Agencies Act)*, L.R.O. 1990, c. E.13.

533. L.n.e., art. 144.4.

534. Les agences qui ne faisaient que du placement temporaire n'étaient pas assujetties aux dispositions de la loi. Si une entreprise souhaitait conserver de façon permanente un employé provenant d'une agence de placement temporaire en versant à celle-ci des droits ou honoraires, alors l'agence devait détenir un permis d'exploitation en vertu de la loi : *Les agences de placement temporaire et la Loi sur les normes du travail*, Document de travail présenté à des fins de discussion au Conseil d'administration de la Commission des normes du travail, Commission des normes du travail, janvier 1996, p. 21-23.

c. Colombie-Britannique: *Employment Standards Act*<sup>535</sup>

i. Un survol des normes

Comme les autres lois étudiées, l'*Employment Standard Act* prévoit des normes de travail minimales,<sup>536</sup> relatives notamment au salaire,<sup>537</sup> à la durée du travail,<sup>538</sup> aux jours fériés,<sup>539</sup> aux congés,<sup>540</sup> au vacances annuelles.<sup>541</sup> Elle ne prévoit pas de recours permettant de contester un congédiement injuste pouvant conduire à la réintégration en emploi. Elle comporte l'obligation de donner un préavis de licenciement ou une indemnité compensatrice en tenant lieu<sup>542</sup> dont les modalités varient selon que le licenciement est individuel ou collectif.<sup>543</sup> Un employé peut déposer une plainte si une des normes n'est pas respectée ou s'il a été sanctionné pour l'exercice d'un droit que prévoit la loi, et la réintégration peut alors être imposée.<sup>544</sup> L'*Employment Standard Act* prévoit de plus une section relative aux conditions d'embauche qui porte notamment sur les agences de placement.<sup>545</sup> Cette loi a été l'objet de modifications récentes dont il sera tenu compte dans l'analyse du niveau de protection qu'elle réserve aux employés atypiques.<sup>546</sup>

---

535. *Employment Standards Act*, R.S.B.C. 1996, c. 113 (À jour au 14 mai 2001) (ci-après cité: « E.S.A. ».).

536. *Id.*, art. 4.

537. *Id.*, art. 16-30.

538. *Id.*, art. 31-43.

539. *Id.*, art. 44-49.

540. *Id.*, art. 50-56.

541. *Id.*, art. 57-61.

542. *Id.*, art. 63.

543. *Id.*, art. 64.

544. *Id.*, art. 79 et 83.

545. *Id.*, art. 8-15.

546. *Employment Standards Amendment Act, 2002*, 2002, Bill 48, adopté le 30 mai 2002.

ii. L'accès à ces normes

La loi définit son champ d'application en faisant référence, on l'a vu, à la notion d'«employee».<sup>547</sup> Les travailleurs à domicile font expressément partie du champ d'application de la loi, la notion de travail visant aussi les services réalisés à la résidence de l'employé.<sup>548</sup> De plus, la loi précise qu'elle s'applique à tous les employés, sans égard aux nombre d'heures travaillées.<sup>549</sup> Enfin, cette loi est la seule des lois canadiennes que nous avons étudiées à aborder spécifiquement la question des agences de placement. Celles-ci sont définies ainsi :

« *employment agency* means a person who, for a fee, recruits or offers to recruit employees for employers ».<sup>550</sup>

La loi oblige ces agences à détenir un permis d'exploitation<sup>551</sup> et à opérer conformément aux exigences établies dans le règlement.<sup>552</sup> Elles ne peuvent réclamer aucun frais aux personnes référées à un employeur ni aux personnes à qui elle ont fourni des renseignements à l'égard d'employeurs à la recherche de personnel.<sup>553</sup>

---

547. E.S.A., art. 1(1).

548. *Id.*, art 1(1): « *work* means the labour or services an employee performs for an employer whether in the employee's residence or elsewhere ».

549. *Id.*, art. 3: « This Act applies to all employees, other than those excluded by regulation, regardless of the number of hours worked ».

550. *Id.*, art. 1.

551. *Id.*, art. 12.

552. *Employment Standards Regulation* (Employment Standards Act), B.C. Reg.396/95, O.C. 1155/95, (comprenant les amendements apportés jusqu'au B.C. Reg. 298/2001), art. 2-3 . Les agences doivent tenir un registre des employeurs avec qui elles font affaire, des personnes qu'elles leur réfèrent et des personnes à qui elles ont fourni des renseignements au sujet d'employeurs à la recherche de personnel - art. 3 (1). Notons que l'article 15 de la loi impose aussi un registre des employés travaillant dans les résidences privées (E.S.A., art. 15); l'article 13 du règlement précité précise les informations que doit contenir ce registre.

553. E.S.A., art. 11.

Par ailleurs, plusieurs employés atypiques sont exclus des dispositions applicables lors de licenciements individuels ou collectifs. Il en est ainsi de certains travailleurs occasionnels<sup>554</sup> ou de certains travailleurs sous contrat à durée déterminée.<sup>555</sup> Les employés saisonniers sont exclus des mesures portant sur les licenciements collectifs.<sup>556</sup>

Enfin, on doit constater que les transformations récentes de certaines conditions d'accès à des normes du travail ne semblent pas guidées par un désir de les adapter à la situation des travailleurs atypiques. Ainsi en est-il des conditions d'admissibilité aux jours fériés.<sup>557</sup> Avant le premier juillet 2002, les jours fériés étaient accessibles à l'employé après 30 jours d'emploi qu'il s'agisse ou non d'un jour ouvrable pour lui.<sup>558</sup> En plus de ces conditions d'admissibilité, un employé devra désormais avoir travaillé ou avoir eu droit à un salaire pour au moins 15 des 30 jours civils précédant le jour férié pour accéder à cet avantage.<sup>559</sup> S'ajoute donc à la condition de durée de service une condition de quantité de travail effectif que certains travailleurs à temps partiel ou certains travailleurs dont la prestation de travail est irrégulière peuvent difficilement remplir. Les amendements ont aussi introduit une nouvelle formule de calcul de l'indemnité de jour férié.

Au chapitre de la durée de travail, l'*Employment Standard Act* prévoit que l'employé a le droit d'être rémunéré à taux majoré de 50 % lors qu'il travaille au-delà de 8 heures par

---

554. Soit, suivant les termes de l'article 65 (1), « an employee (...) employed under an arrangement by which (i) the employer may request the employee to come to work at any time for a temporary period, and (ii) the employee has the option of accepting or rejecting one or more of the temporary periods ».

555. Soit, suivant les termes de l'article 65 (1), « an employee (...) (b) employed for a definite term, (c) employed for specific work to be completed in a period of up to 12 months ». (2) If an employee who is employed for a definite term or specific work continues to be employed for at least 3 months after completing the definite term or specific work, the employment is (a) deemed not to be for a definite term or specific work, and (b) deemed to have started at the beginning of the definite term or specific work ».

556. *Id.*, art. 65(4): « Section 64 does not apply to an employee who (...) is laid off or terminated as a result of the normal seasonal reduction, suspension or closure of an operation(...) ».

557. *Id.*, art. 1(1) - « statutory holiday ».

558. *Id.*, art. 47.

559. *Employment Standards Amendment Act, 2002*, 2002, Bill 48, art. 23.

jour ou au-delà de 40 heures par semaine,<sup>560</sup> ce qui permet à un travailleur à temps partiel de pouvoir bénéficier de cette norme. L'employé doit recevoir, pour toute heure au-delà de 12 heures par jour, le double de son taux salaire habituel.<sup>561</sup> Même si la loi qualifie ces seuils d'heures maximales,<sup>562</sup> il s'agit en fait du seuil au-delà duquel l'employé doit recevoir une rémunération majorée. Le droit de l'employeur d'exiger du travail supplémentaire de la part d'un employé est balisé par l'article prévoyant que l'employeur ne doit pas obliger ni autoriser l'employé à travailler un nombre d'heures excessif ou dangereux pour sa santé et sécurité.<sup>563</sup>

### iii. L'exigence d'une durée de service

On notera qu'une exigence de durée de service, formulée en termes de jours, mois ou d'années d'emploi, régit la durée des congés annuels,<sup>564</sup> le préavis ou l'indemnité en tenant lieu en cas de rupture du lien d'emploi<sup>565</sup> ou l'accès aux jours fériés.<sup>566</sup> Aucune définition de cette exigence n'est donnée, ni dans la loi, ni dans le règlement. La loi précise simplement que la vente de l'entreprise n'interrompt pas la continuité de service<sup>567</sup> et que les congés d'une personne prévus par la loi doivent être considérés comme faisant partie de la durée de service requise par ces textes.<sup>568</sup>

---

560. E.S.A., art. 40 (1) et (2), art. 41.

561. *Employment Standards Amendment Act, 2002*, 2002, Bill 48, art. 19. Avant les amendements, l'employé avait droit au double de son taux de salaire habituel pour toute heure exécutée au-delà de 11 heures par jour ou de 48 heures par semaine.

562. E.S.A., art. 35.

563. *Id.*, art.39.

564. *Id.*, art. 57 : D'au moins deux semaines après 12 mois consécutifs de service, la durée des vacances annuelles est de trois semaines après cinq ans de service.

565. *Id.*, art. 63. Cette indemnité, accessible aux employé cumulant 3 mois de service et sa durée varie selon la durée de service.

566. *Id.*, art. 47.

567. *Id.*, art. 97.

568. *Id.*, art. 56.

#### iv. Le cadre d'appréciation du lien d'emploi

Enfin, l'*Employment Standard Act* prévoit la possibilité d'une reconnaissance d'un employeur unique aux fins de l'application des normes minimales du travail :

« If the director considers that businesses, trades or undertakings are carried on by or through more than one corporation, individual, firm, syndicate or association, or any combination of them under common control or direction :

- (a) the director may treat the corporations, individuals, firms, syndicates or associations, or any combination of them, as one person for the purposes of this Act, and
- (b) if so, they are jointly and separately liable for payment of the amount stated in a determination or in an order of the tribunal, and this Act applies to the recovery of that amount from any or all of them ». <sup>569</sup>

## 2- Rapports collectifs du travail

Les rapports collectifs du travail sont structurés dans les trois régimes que nous étudions dans cette section autour d'un modèle comportant plusieurs points communs. Pour acquérir des droits de négociation, un syndicat doit bénéficier de l'appui d'une majorité d'employés compris dans le groupe qu'il cherche à représenter, groupe désigné comme l'unité de négociation. Cet appui doit être constaté par une commission des relations du travail, lorsque l'employeur ne reconnaît pas volontairement le syndicat. Une fois reconnu, le syndicat acquiert le monopole de représentation de ce groupe d'employés et l'employeur a l'obligation de négocier avec lui d'une convention collective.

---

569. *Id.*, art. 95.

On cherchera en vain dans les lois régissant les rapports collectifs du travail l'existence de dispositions visant spécifiquement les employés atypiques. De plus, puisque les parties disposent d'une grande latitude quant au contenu possible des conventions collectives en vertu de ces lois, sous réserve du respect des normes d'ordre public et de l'obligation de négocier de bonne foi,<sup>570</sup> rien ne semble s'opposer à la négociation de clauses introduisant des différences quant aux avantages consentis aux employés en fonction de leur situation de travail.

En dépit de ces principes communs, le niveau de protection des employés atypiques peut varier d'un régime de rapports collectifs de travail à l'autre suivant les caractéristiques de ces régimes en ce qui a trait à la configuration des unités de négociation et aux critères qui permettent de déterminer leur caractère approprié. Certains permettent que des employés travaillant pour des employeurs différents puissent être représentés par un seul syndicat accrédité ou que des employés temporaires, des employés à temps partiel ou des entrepreneurs dépendants fassent partie des mêmes unités de négociation que les employés réguliers. La difficulté de traiter de cette question vient du fait qu'au Canada, il existe peu de repères permettant de définir l'unité de négociation appropriée et l'employeur visé dans la loi elle-même :

« Perhaps surprisingly, very little legislative guidance has been given to the boards as to how they should define the appropriate collective bargaining constituency (the bargaining unit) for the trade union, or go about identifying the employer on the other side of the bargaining table. It is in this area, more than any other, that the labour boards formulate policies that are legislative in nature, relying to a large part on their own labour relations expertise ». <sup>571</sup>

---

570. Parmi les clauses devant obligatoirement faire partie des conventions collectives, notons que le loi de Colombie-Britannique impose que la convention collective contienne une clause à l'effet qu'un congédiement ou une autre sanction disciplinaire doit reposer sur une juste cause : *Labour Relations Code*, RSBC 1996, chapitre 244 (à jour le 5 novembre 2001), art. 84 (ci-après cité : « B.C.-L.R.C. »).

571. D. Carter et al., *op. cit.*, p. 267.

Une analyse complète aurait exigé que nous puissions cerner les orientations des différentes commissions de relations de travail sur ces questions. Nous avons vu que la situation de travail des employés atypiques était passablement différente de celle des employés réguliers : ces employés ont-ils, aux yeux des différentes commissions, une communauté d'intérêts suffisante pour être réunis dans une même unité? Les pouvoirs que ces commissions détiennent leur permettent-ils de reconnaître une unité comprenant de multiples employeurs et à quelles fins? Nous ferons part des quelques informations dont nous avons pu disposer quant aux orientations des différentes commissions sur ces questions. Notre propos sera toutefois moins ambitieux : il consistera à rechercher dans quelle mesure chacune des lois étudiées encadre le pouvoir de la Commission qu'elle crée en ce qui concerne la détermination d'une unité de négociation appropriée.

a. *Code canadien du travail*<sup>572</sup>

Le *Code Canadien du travail* reconnaît au Conseil canadien des relations industrielles le pouvoir de déterminer « l'unité qui, à son avis, est habile à négocier collectivement ». <sup>573</sup> Le Conseil peut, dans l'exercice de ce pouvoir, ajouter ou retrancher des employés à l'unité que proposait le syndicat dans sa demande d'accréditation, <sup>574</sup> ce pouvoir étant balisé uniquement lorsque l'unité proposée incorpore des membres de professions libérales, des employés exerçant des fonctions de surveillance ou des agents de police privée. Nulle mention n'est faite des travailleurs atypiques comme les travailleurs à temps partiel ou occasionnels. Il semble que ce ne soit pas le critère du nombre d'heures travaillées, mais celui de la régularité du lien d'emploi qui serve à déterminer s'il est approprié d'inclure des employés atypiques dans une unité visant des employés réguliers<sup>575</sup>. C'est pourquoi les employés à temps plein et à temps partiel seront en général compris dans les mêmes unités de négociation, alors que les employés occasionnels pourront faire partie d'une unité regroupant des employés réguliers lorsqu'il

---

572. C.c.t., Partie I.

573. *Id.*, art. 27(1).

574. *Id.*, art. 27 (2).

575. Roland Snyder, *The 2001 Annotated Canada Labour Code*, Toronto, Carswell, 2001, p. 164 (art. 27 (2)).

existe une communauté d'intérêts suffisante entre eux.<sup>576</sup> La politique du Conseil canadien des relations industrielles serait en principe d'exclure les employés occasionnels des unités d'employés réguliers afin de minimiser les conflits d'intérêts entre eux et d'éviter que des employés occasionnels puissent dominer une unité comprenant des employés réguliers. Une unité réunissant employés réguliers et occasionnels pourrait être appropriée si les employés occasionnels ne constituent pas la majorité des employés d'une unité.<sup>577</sup>

Le *Code canadien du travail* comporte aussi des dispositions faisant en sorte que des employés puissent être représentés par un même syndicat même s'ils œuvrent pour une pluralité d'employeurs. Même si le profil le plus courant de l'unité de négociation jugée habile à négocier collectivement par le Conseil est celui de l'ensemble des employés d'un établissement d'un employeur particulier (unité de négociation locale), une demande d'accréditation peut porter sur une unité regroupant des employés de plusieurs employeurs.<sup>578</sup> Lorsqu'une demande d'accréditation vise une pluralité d'employeurs, le Conseil canadien des relations industrielles peut attribuer la qualité d'employeur à une organisation patronale<sup>579</sup> aux fins de la négociation collective. Cette désignation confère à cette organisation le pouvoir exclusif de négocier en lieu et place des employeurs qui en sont membres et ceux-ci sont liés comme elle par toute convention qu'elle conclut avec le syndicat.<sup>580</sup>

Le *Code canadien du travail* contient aussi une disposition permettant d'aller au-delà d'un employeur ou d'une seule entreprise aux fins de l'établissement des rapports collectifs du travail lorsque la situation de l'employeur initialement partie aux rapports collectifs se modifie. Par exemple, un syndicat peut avoir été accrédité pour représenter les employés d'un employeur particulier et voir l'intégralité de son pouvoir de

---

576. D. Carter et al., *op. cit.*, p. 272.

577. Roland Snyder, *op. cit.*, p. 163-164 (art. 27 (2)).

578. Voir pour les secteurs du débardage ou des secteurs d'activité et régions désignés par règlement : art. 34 (1). Voir aussi la définition de l'unité de négociation: *Id.*, art. 3.

579. *Id.*, art. 3(1) et art. 33 (1).

580. *Id.*, art. 33(2).

représentation altérée par le transfert d'une partie des activités de l'employeur vers d'autres employeurs. Ces employeurs peuvent être déclarés par le Conseil comme employeur unique dans les conditions suivantes :

«(1) Sur demande d'un syndicat ou d'un employeur concernés, le Conseil peut, par ordonnance, déclarer que, pour l'application de la présente partie, les entreprises fédérales associées ou connexes qui, selon lui, sont exploitées par plusieurs employeurs en assurant en commun le contrôle ou la direction constituent une entreprise unique et que ces employeurs constituent eux-mêmes un employeur unique. Il est tenu, avant de rendre l'ordonnance, de donner aux employeurs et aux syndicats concernés la possibilité de présenter des arguments.

(2) Lorsqu'il rend une ordonnance en vertu du paragraphe (1), le Conseil peut décider si les employés en cause constituent une ou plusieurs unités habiles à négocier collectivement ».<sup>581</sup>

En vertu de ce texte, un employeur unique peut être reconnu aux fins de l'accréditation et de la négociation collective, lorsque deux conditions sont réunies : «(s)'il y a, d'une part, non pas nécessairement unicité d'entreprise, mais, à tout le moins, connexité entre des entreprises, poursuite organisée d'activités similaires ou interdépendantes, et d'autre part, imbrication de leur direction ou de leur contrôle – constat d'une parenté étroite des politiques et du personne de direction, voire la propriété des entreprises – les différentes personnes, usuellement morales, ne formeront qu'un unique employeur ».<sup>582</sup> Cette

---

581. *Id.*, art. 35.

582. Pierre Verge et Guylaine Vallée, *Un droit du travail? Essai sur la spécificité du droit du travail*, coll. « Le droit aussi... », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 93. On ne trouve pas au Québec de dispositions similaires, même si plusieurs employeurs exploitant en réalité une même entreprise ont pu à l'occasion être reconnus comme employeur unique. En vertu des textes ci-haut rapportés, une pluralité d'employeurs pourra être considérée comme un seul et même employeur même lorsqu'ils exploitent des entreprises distinctes, mais connexes.

disposition permet de préserver la capacité de négociation des syndicats face au morcellement juridique des employeurs et des entreprises en segments dont certains seulement sont syndiqués.<sup>583</sup> En ce sens, elle permet de contrer la fraude à la loi mais elle pourrait aussi représenter un moyen de favoriser des relations du travail harmonieuses et efficaces.<sup>584</sup> Cette déclaration d'employeur unique a été utilisée jusqu'à maintenant pour éviter l'érosion de syndicats existants et non pour favoriser l'établissement de nouveaux droits de négociation.<sup>585</sup>

Enfin, mentionnons qu'une majorité de décisions du Conseil canadien des relations industrielles portant sur l'identification de l'employeur dans le contexte de relations tripartites du travail adoptait une approche basée sur le critère du « contrôle fondamental sur les conditions de travail » qui conduit la plupart du temps à désigner l'entreprise-cliente comme l'employeur des employés provenant d'une agence de travail temporaire aux fins des rapports collectifs du travail.<sup>586</sup> Cette approche, aussi partagée par les commissions de relations de travail des provinces que nous étudions dans la présente section,<sup>587</sup> a en quelque sorte été confirmée par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Ville de Pointe-Claire*.<sup>588</sup> L'exposé que nous en avons fait au chapitre 3 vaut aussi pour la situation qui prévaut dans les autres provinces canadiennes.

La situation des travailleurs atypiques en ce qui concerne les rapports collectifs en Ontario et en Colombie-Britannique sera abordée plus succinctement dans la mesure elle est largement similaire à celle que nous venons de décrire. Nous nous permettrons

---

583. D. Carter et al., *op. cit.*, p. 275.

584. Pierre Verge, « L'adaptation du droit du travail à la nouvelle entreprise », dans J. Bernier, R. Blouin, G. Laflamme, F. Morin et P. Verge (dir.), *L'incessante évolution des formes d'emploi et la redoutable stagnation des lois du travail*, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 2001, p. 33.

585. D. Carter et al., *op. cit.*, p. 276.

586. *Association du personnel naviguant des lignes aériennes canadiennes (S.C.F.P. – lignes aériennes) c. Nationair (Nolisair International Inc.) et autre*, (1987) 70 di 44.

587. *Hotel and Club Employees' Union, Local 299 c. Sutton Place Hotel*, (1980) O.L.R.B. Rep. 1538; *United Electrical, Radio and Machine Workers of Canada c. Sylvania Lighting Services*, (1985) O.L.R.B. Rep. 1173.

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

simplement de mettre en évidence les caractéristiques des textes législatifs quant aux deux dimensions qui peuvent avoir une incidence sur le niveau de protection des travailleurs atypiques.

b. Ontario : *Loi de 1995 sur les relations du travail*<sup>589</sup>

En vertu de la loi ontarienne, l'unité de négociation est définie comme l'«(u)nité d'employés appropriée pour négocier collectivement, qu'il s'agisse d'une unité par employeur ou d'une unité par établissement ou d'une section de l'une ou de l'autre ».<sup>590</sup>

C'est la Commission des relations de travail de l'Ontario (*Ontario Labour Relations Commission – O.L.R.C.*) qui se voit reconnaître le pouvoir de déterminer quelle est l'unité appropriée pour négocier :

«9. (1) Sur requête en accréditation, la Commission, sous réserve du paragraphe (2), détermine l'unité d'employés qui est appropriée pour négocier collectivement et qui, dans chaque cas, doit comprendre plus d'un employé. La Commission, avant de déterminer cette unité, peut tenir un scrutin auprès des employés de l'employeur afin de connaître leurs opinions quant à l'opportunité de l'unité.

*Accréditation préalable à une décision définitive sur la composition de l'unité de négociation.*

---

589. *Loi de 1995 sur les relations de travail*, L.O. 1995, chap. 1, annexe A, modifié par l'art. 83 du chap. 4 de 1997; l'art. 151 du chap. 31 de 1997; les arts 1 à 23 du chap. 8 de 1998; le chap. 24 de 2000; les arts 1 à 38 du chap. 38 de 2000 (à jour au 20 août 2002) (ci-après citée : « L.r.t. »).

590. L.r.t., art. 1.

(2) Si, sur requête en accréditation, la Commission est convaincue qu'aucun différend portant sur la composition de l'unité de négociation ne peut avoir d'incidence sur le droit du syndicat à l'accréditation, elle peut l'accréditer comme agent négociateur en attendant la décision définitive sur la composition de l'unité de négociation. (...)

### *Entrepreneurs dépendants*

(5) L'unité de négociation qui se compose uniquement d'entrepreneurs dépendants est réputée par la Commission être appropriée pour négocier collectivement. Toutefois, la Commission peut, dans une unité de négociation, inclure des entrepreneurs dépendants avec d'autres employés, si elle est convaincue que la majorité de ces entrepreneurs dépendants le désire ». <sup>591</sup>

Outre la référence explicite à une unité composée d'entrepreneurs dépendants, aucune mention n'est faite des autres employés en situation de travail non traditionnelle. La Commission ontarienne a toutefois dû déterminer si ces employés faisaient partie des unités de négociation regroupant une majorité d'employés réguliers et elle a longtemps adopté une approche différente des autres commissions canadiennes en ce qui concerne les travailleurs à temps partiel :

« In Ontario, for many years, the general practice was to exclude part-time employees (...) from bargaining units of full-time employees, leaving this latter group of employees to form their own bargaining unit. Part-time employees in Ontario were defined as persons employed for not more than 24 hours per week (...). Now Ontario has taken a more flexible approach

---

591. *Id.*, art. 9. Il faut aussi considérer que plusieurs catégories professionnelles ont été exclues du champ d'application de la loi au cours des années récentes.

to the issue of whether full-time and part-time employees should be combined in the same bargaining unit ». <sup>592</sup>

La loi contient aussi une disposition qui permet à la Commission ontarienne d'aller au-delà d'un employeur ou d'une seule entreprise pour déterminer l'employeur aux fins de l'établissement des rapports collectifs du travail. L'article 1(4) de la loi ontarienne dispose que :

«(4) Si, de l'avis de la Commission, plusieurs personnes morales, particuliers, firmes, consortiums ou associations, ou une combinaison de ceux-ci, sous un contrôle ou une direction conjoints, simultanément ou non, gèrent des entreprises ou exercent des activités connexes, elle peut, à la requête d'une personne, d'un syndicat ou d'un conseil de syndicats intéressés, les considérer comme un seul employeur pour l'application de la présente loi et ordonner le redressement, notamment au moyen d'un jugement déclaratoire, qu'elle estime convenable ». <sup>593</sup>

Cette notion d'employeur s'apparente à la déclaration d'employeur unique qui existe dans le *Code canadien du travail*<sup>594</sup> et est généralement interprétée dans le même sens.<sup>595</sup> Pour que la Commission ontarienne accueille la requête, il doit être établi que les employeurs visés sont sous un contrôle ou une direction commune et que leurs entreprises sont interreliées. Pour faciliter la preuve de ces facteurs, la loi ontarienne exige des employeurs visés par la requête qu'ils produisent à l'audience tous les faits

---

592. D. Carter et al., *op. cit.*, p. 272.

593. L.r.t., arts 1 (4) et (5).

594. C.c.t., art. 35.

595. D. Carter et al., *op. cit.*, pp. 275-276.

pertinents à leur connaissance.<sup>596</sup> Cette déclaration d'employeur unique a été utilisée par la Commission ontarienne pour empêcher qu'un employeur évite l'application d'une convention collective en contractant avec une agence de placement dont les employés auraient exécuté les tâches des employés de l'unité de négociation: l'agence et l'entreprise-cliente ont été qualifiées de *related employers* liés par la convention collective.<sup>597</sup>

Notons enfin qu'outre le secteur de la construction, régi par une section spécifique de la loi,<sup>598</sup> la loi ontarienne comprend une section intitulée *Négociation à l'étendue de la province* qui introduit un cadre légal d'organisation de la négociation multipatronale.<sup>599</sup>

c. Colombie-Britannique : *Labour Relations Code*<sup>600</sup>

La loi régissant les rapports collectifs de travail en Colombie-Britannique définit ainsi l'unité de négociation :

« *unit* means an employee or a group of employees, and the expression *appropriate for collective bargaining* or *appropriate bargaining unit*, with reference to a unit, means a unit determined by the board to be appropriate for collective bargaining, whether it is an employer unit, craft unit,

---

596. « S'il est prétendu, dans une requête présentée en vertu du paragraphe (4), que plusieurs personnes morales, particuliers, firmes, consortiums, associations ou une combinaison de ceux-ci, sont ou étaient sous une direction ou un contrôle communs, les intimés sont tenus d'exposer à l'audience tous les faits dont ils ont connaissance et qui sont pertinents à la prétention.» L.r.t., art. 1 (5).

597. *Service Employees International Union, Local 204 c. Kennedy Lodge Inc.*, (1985) 7 C.L.R.B.R. (N.S.) 159 (O.L.R.B.).

598. L.r.t., arts 126 à 150 – Industrie de la construction.

599. *Id.*, arts 151-168.

600. B.C.-L.R.C., art. 47. La Colombie-Britannique a adopté le 30 mai 2002 une loi modificative - *Labour Relations Code Amendment Act (projet de loi 42)*- qui ne modifie pas les dispositions étudiées dans la présente section mais qui amende les dispositions préliminaires du Code pour imposer à la Commission des relations de travail de prendre en compte des principes explicites dans les décisions qu'elle rend. Cette nouvelle disposition préliminaire est entrée en vigueur le 1er septembre 2002.

technical unit, plant unit or another unit, and whether or not the employees in it are employed by one or more employers ». <sup>601</sup>

Dans cette province, l'encadrement légal de la négociation multipatronale va au-delà de l'industrie de la construction. <sup>602</sup> La loi prévoit une procédure générale d'« accréditation » d'une association patronale <sup>603</sup> comparable à celle prévue par l'article 34 du *Code canadien du travail* pour le secteur du débardage.

La loi impose peu de balises à la Commission des relations du travail (*British Columbia Labour Relations Board – BCLRB*) quant à la détermination d'une unité de négociation appropriée. L'article 22 précise simplement :

« 22 (1) When a trade union applies for certification as the bargaining agent for a unit, the board must determine if the unit is appropriate for collective bargaining and may, before certification, include additional employees in or exclude employees from the unit ». <sup>604</sup>

Outre les employés exerçant des fonctions de supervision <sup>605</sup> et les employés de métiers, <sup>606</sup> la loi vise de manière particulière la situation des entrepreneurs dépendants :

---

601. *Id.*, art. 1 (1) - Nous soulignons.

602. D. Carter et al., *op. cit.*, p. 268.

603. B.C.-L.R.C., art. 43 (1).

604. *Id.*, art. 22 (1).

605. *Id.*, art. 29.

606. *Id.*, art. 21.

« 28 (1) If an application for certification is made for a unit consisting of, or including, dependent contractors, and the application meets the requirements of sections 24 and 25, the board must :

- (a) if there is no other certified unit of employees of the same employer, determine whether the unit applied for is appropriate for collective bargaining and, if so, certify that unit, or
- (b) if there is a certified unit of employees of the same employer, determine whether inclusion of the dependent contractors in the existing unit would be more appropriate for collective bargaining and, if so, require that an application be made to vary the certification.

(2) If the board has determined under subsection (1) (b) that a variance of the existing bargaining unit would be more appropriate for collective bargaining and an application for variance is made, the board must :

- (a) determine what rights, privileges and duties have been acquired or are retained, and for this purpose the board may make inquiries or direct that a representation vote be taken as it considers necessary or advisable,
- (b) ensure that reasonable procedures have been developed to integrate dependent contractors and employees into a single bargaining unit,
- (c) modify or restrict the operation or effect of a collective agreement in order to determine the seniority rights under it of employees or dependent contractors, and
- (d) give directions that the board considers necessary or advisable as to the interpretation and application of a collective agreement affecting the employees and dependent contractors in a unit determined under this section to be appropriate for collective bargaining ».<sup>607</sup>

---

607. *Id.*, art. 28.

La Commission des relations du travail de Colombie-Britannique ne s'est pas démarquée des orientations développées par les autres commissions canadiennes lorsqu'elle a eu à se prononcer sur l'inclusion ou l'exclusion des travailleurs à temps partiel ou des travailleurs occasionnels dans une unité de négociation regroupant des employés réguliers. Aucune distinction rigide n'a été tracée entre les employés à temps plein et les employés à temps partiel, ceux-ci pouvant appartenir à une même unité. Quant aux travailleurs occasionnels, ils sont inclus dans une unité de négociation d'employés réguliers lorsqu'il existe une communauté d'intérêts suffisante entre les deux groupes.<sup>608</sup> Enfin, le *Labour Relations Code* contient une disposition permettant à la Commission de considérer plusieurs employeurs opérant des entreprises connexes comme un employeur unique aux fins des rapports collectifs de travail :

« 38. If in the board's opinion associated or related activities or businesses are carried on by or through more than one corporation, individual, firm, syndicate or association, or a combination of them under common control or direction, the board may treat them as constituting one employer for the purposes of this Code and grant such relief, by way of declaration or otherwise, as the board considers appropriate ».

Notons que les commissions de relations de travail qui se voient reconnaître ce pouvoir de déclarer un employeur unique au Canada en usent à des fins particulières, plus limitées que celles résultant d'une négociation multipatronale comme celle que permet la loi de Colombie-Britannique :

---

608. D. Carter et al., *op. cit.*, p. 272.

« Labour boards, when exercising their power to treat related business as one employer, have been concerned primarily with the erosion of existing union rights and not the establishment of new bargaining rights ». <sup>609</sup>

### 3- Indemnisation des accidents du travail et des maladies professionnelles

Nous examinerons enfin le niveau de protection que les régimes d'indemnisation des lésions professionnelles réservent aux travailleurs atypiques dans les deux provinces étudiées. Nous vérifierons s'il existe des dispositions législatives visant explicitement ces travailleurs. Nous accorderons une attention particulière aux modes de détermination des indemnités de remplacement du revenu des travailleurs victimes d'une lésion professionnelle et à l'existence, s'il y a lieu, de règles applicables aux employés d'agence de placement.

a. Ontario : *Loi de 1997 sur la sécurité professionnelle et l'assurance contre les accidents du travail*<sup>610</sup>

Cette loi ontarienne régit l'indemnisation des accidents du travail, alors qu'une autre loi, la *Loi sur la santé et la sécurité au travail*,<sup>611</sup> porte sur la prévention des accidents de travail.

À la différence de la loi québécoise et, comme nous le verrons, de la loi de la Colombie-Britannique, la *Loi de 1997 sur la sécurité professionnelle et l'assurance contre les accidents du travail* ne fait pas expressément référence à la situation de travail des

---

609. *Id.*, p. 276.

610. L.O. 1997, chap. 16 Annexe A, modifié par l'ann. du chap. 26 de 1997; le chap. 36 de 1998; l'art. 67 du chap. 6 de 1999; l'ann. I du chap. 26 de 2000; l'art. 4 de l'ann. I du chap. 9 de 2001; l'art. 8 de l'ann. P du chap. 8 de 2002 (à jour au 29 juillet 2002) (ci-après citée : « L.s.p.a.a.t. »).

611. L.R.O. 1990, Chap. O.1, modifié par l'art. 2 du chap. 14 de 1992; l'art. 63 du chap. 21 de 1992; l'ann. du chap. 27 de 1993; l'art. 35 du chap. 24 de 1994; l'art. 83 du chap. 25 de 1994; l'art. 120 du chap. 27 de 1994; l'art. 84 du chap. 1 de 1995; les art. 28 à 32 du chap. 5 de 1995; l'art. 84 du chap. 4 de 1997; l'art. 2 du chap. 16 de 1997; les arts 49 à 60 du chap. 8 de 1998; l'art. 3 de l'ann. I du chap. 9 de 2001; l'art. 22 du chap. 13 de 2001; le chap. 26 de 2001 (à jour au 23 août 2002).

travailleurs atypiques ni de manière générale, ni pour déterminer le mode de calcul de l'indemnité de perte de gains qu'un travailleur peut recevoir lorsqu'il est victime d'une lésion. Le travailleur a droit à des versements à compter du moment où débute sa perte de gains et le montant des versements correspond à 85 % de la différence entre ses «gains moyens nets avant que ne survienne la lésion» et les «gains moyens nets qu'il touche ou qu'il est en mesure de toucher dans un emploi ou une entreprise approprié après que la lésion soit survenue». <sup>612</sup> La loi précise les critères généraux que la Commission de la sécurité professionnelle et de l'assurance contre les accidents du travail (CSPAAT) doit considérer pour déterminer ces gains nets moyens :

« 53. (1) La Commission détermine le montant des gains moyens du travailleur aux fins du régime d'assurance et, à cette fin, tient compte de ce qui suit :

- a) le taux hebdomadaire auquel le travailleur était rémunéré par chacun des employeurs pour lesquels il travaillait lorsque la lésion est survenue;
- b) toute tendance de l'emploi du travailleur qui entraîne un changement dans ses gains;
- c) tout autre renseignement qu'elle estime approprié.

(2) Les gains moyens ne comprennent pas les sommes versées au travailleur pour couvrir des dépenses particulières engagées en raison de la nature du travail.

---

612. L.s.p.a.a.t., art. 43 (2). Notons qu'une « indemnité pour perte de gains future » était payable aux termes de l'article 43 de la Loi avant 1997.

(3) La Commission calcule à nouveau le montant des gains moyens du travailleur si elle détermine qu'il ne serait pas équitable de continuer à faire des versements dans le cadre du régime d'assurance en se fondant sur la détermination faite aux termes du paragraphe (1). Lors du nouveau calcul, elle tient compte de tout renseignement qu'elle estime approprié (...).<sup>613</sup> ».

C'est la Commission qui adapte ces règles générales au cas des travailleurs atypiques. Règle générale, les prestations pour perte de gains que reçoit un travailleur pendant les 12 premières semaines sont calculées en fonction de ses gains moyens à court terme, c'est-à-dire des gains qu'il recevait de tous ses employeurs au moment de la lésion. Lorsque l'agent d'indemnisation constate que l'emploi occupé par le travailleur victime d'une lésion professionnelle est un emploi saisonnier ou irrégulier, il recalculera après douze semaines les prestations qui lui sont versées en fonction de ses gains moyens à long terme, c'est-à-dire en prenant en compte ses gains au cours des 24 mois précédant l'accident. Dans le cas de travailleurs permanents et réguliers, la Commission ne procédera pas nécessairement à un nouveau calcul des gains moyens à long terme du travailleur : elle pourra le faire à la demande du travailleur, s'il estime que ses gains moyens à court terme ne reflètent pas fidèlement ses gains pendant l'année précédant la lésion. Ce nouveau calcul sera basé sur ses gains d'emploi dans les 12 mois précédant l'accident.<sup>614</sup>

Par ailleurs, mentionnons que la loi ontarienne comprend, comme la loi québécoise, une disposition qui vise certaines situations de prêt de main-d'œuvre :

---

613. *Id.*, art. 53 (1).

614. *Prestations pour perte de gains*, Workplace Safety & Insurance Board (WSIB) / Commission de la sécurité professionnelle et de l'assurance contre les accidents du travail (CSPAAT), document consulté sur le site de la CSPAAT le 16 octobre 2002 à l'adresse suivante : [http://www.wsib.on.ca/wsib/wsibsite.nsf/publicprint/fr\\_BenefitsLOE](http://www.wsib.on.ca/wsib/wsibsite.nsf/publicprint/fr_BenefitsLOE).

« 72. L'employeur qui prête ou loue temporairement les services d'un travailleur à un autre employeur est réputé être l'employeur du travailleur pendant que celui-ci travaille pour l'autre employeur ». <sup>615</sup>

Cette disposition se distingue de l'article 5 de la loi québécoise régissant l'indemnisation des accidents du travail et les maladies professionnelles <sup>616</sup> en ce qu'elle ne s'applique que dans les cas où les services d'un travailleur sont temporairement loués ou prêtés à un tiers. <sup>617</sup> Mais on peut penser que, comme son équivalent québécois et pour les mêmes raisons, cette règle ne fait pas obstacle à l'utilisation des critères élaborés en contexte de rapports collectifs du travail par la Cour suprême du Canada pour déterminer l'employeur de ces employés. <sup>618</sup>

Enfin, mentionnons que le régime d'indemnisation créé par cette loi s'applique à chaque travailleur qui est employé par un employeur mentionné à l'annexe 1 ou à l'annexe 2 de la loi, à l'exception notamment « des personnes dont l'emploi par un employeur est occasionnel et qui sont employées à des fins autres que celles du secteur d'activité de l'employeur ». <sup>619</sup> Ces personnes sont régies, comme les travailleurs qui sont employés dans des secteurs d'activité non compris dans l'annexe 1 et 2, par une section spécifique de la loi. <sup>620</sup>

---

615. L.s.p.a.a.t. art. 72.

616. *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, L.R.Q. c. A-3.001, art. 5.

617. *La location de personnel, la problématique du travailleur autonome, la problématique de l'administrateur et du dirigeant*, Rapport des travaux d'un comité formé par la Commission de la santé et de la sécurité du travail (Me Marie-France Bich, M. Pierre Dion, Me Guy Lemay, Me Normand Ratti), Gouvernement du Québec, juillet 1997, p. 27. Notons que, sur demande, « la Commission peut déclarer qu'un employeur est réputé être un employeur mentionné à l'annexe 1 ou un employeur mentionné à l'annexe 2 aux fins du régime d'assurance ». La déclaration peut se limiter à tout ou partie d'un secteur d'activité, ou à un genre de travail ou de service dans lequel œuvre l'employeur : L.s.p.a.a.t. , art. 74(3).

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

619. L.s.p.a.a.t., art. 11(1).

620. *Id.*, art. 113 (1) et (2).

b. Colombie-Britannique: *Workers Compensation Act*<sup>621</sup>

La loi d'indemnisation des accidents de travail de Colombie-Britannique s'applique à tous les travailleurs, qu'ils soient réguliers, à temps partiel ou occasionnels. Elle vise explicitement la situation particulière de ces travailleurs aux fins de déterminer le montant de leur indemnité de remplacement du revenu. Jusqu'en juillet dernier, l'article 33 précisait ainsi les méthodes que le *Workers' Compensation Board* (la Commission) pouvait appliquer en de tels cas :

« 33 (1) The average earnings and earning capacity of a worker must be determined with reference to the average earnings and earning capacity at the time of the injury, and may be calculated on the daily, weekly or monthly wages or other regular remuneration which the worker was receiving at the time of the injury, or on the average yearly earnings of the worker for one or more years prior to the injury, or on the probable yearly earning capacity of the worker at the time of the injury, as may appear to the board best to represent the actual loss of earnings suffered by the worker by reason of the injury, but not so as in any case to exceed the maximum wage rate, except that where, owing to the shortness of time during which the worker was in the employment of his or her employer, or in any employment, or the casual nature of his or her employment, or the terms of it, it is inequitable to compute average earnings in the manner described in this subsection, regard may be had to the average daily, weekly or monthly amount which, as shown by the records of the board, was being earned during the one or more years or other period previous to the injury by a person in the same or similar grade or class of employment.  
(...)

---

621. R.S.B.C. 1996, c. 492 (à jour en date du 18 février 2002) (ci-après cité: « W.C.A. »).

(3) Where the board is satisfied that the average earnings of the worker at the time of injury by reason of the worker's age or the worker being in the course of learning a trade, occupation, profession or calling do not truly represent the worker's average yearly earnings or earning capacity, it may, in the case of temporary disability, adjust from time to time the payments of compensation to take into account the probable increase in average earnings and may, in the case of permanent disability, calculate the award by taking into account the probable increase in average earnings ». <sup>622</sup>

En vertu de ce texte, la Commission avait une marge de manoeuvre quant aux méthodes permettant de compenser la perte de revenus et de capacité de gains d'un travailleur atypique. Si l'article 33 (1) tel qu'amendé précise toujours que la Commission « must determine the amount of average earnings and the earning capacity of a worker with reference to the worker's average earnings and earning capacity at the time of the worker's injury », <sup>623</sup> de nouveaux articles viennent définir des règles de calcul différentes suivant les catégories d'employés. <sup>624</sup>

L'article 33.1 précise la méthode applicable à la détermination du revenu de l'employé régulier à temps plein ou à temps partiel aux fins du calcul de l'indemnité de remplacement du revenu qui lui sera versée. Cette méthode diffère pour l'indemnité payable au cours des dix premières semaines d'invalidité (*initial wage rates*) <sup>625</sup> et pour

---

622. *Id.*, art. 33. Nous soulignons.

623. W.C.A., art. 33 (1) et (2), amendé par *Workers Compensation Amendment Act*, 2002, Bill 49 – 2002, art. 16 (en vigueur le 30 juin 2002).

624. W.C.A., art. 33.1 à 33.7, ajoutés par *Workers Compensation Amendment Act*, 2002, art. 17.

625. W.C.A., arts 1 et 33.1 (1), ajoutés par *Workers Compensation Amendment Act*, 2002, art. 1 (c) et 17 : « 33.1 (1) Subject to sections 33.5 to 33.7, the Board must determine, for the shorter of the following periods, the amount of average earnings of a worker based on the rate at which the worker was remunerated by each of the employers for whom he or she was employed at the time of the injury : (a) the initial payment period; (b) the period starting on the date of the worker's injury and ending on the date the worker's injury results in a permanent disability, as determined by the Board » .

l'indemnité à long terme (*long-term wage rates*).<sup>626</sup> Cette méthode n'est pas applicable aux employés occasionnels. Le calcul de leur indemnité est basé sur leur revenu brut au cours des douze mois précédant la lésion et n'est pas révisé après les dix premières semaines d'invalidité.<sup>627</sup> De nouvelles règles s'appliquent aussi aux travailleurs autonomes,<sup>628</sup> aux apprentis<sup>629</sup> et aux travailleurs réguliers n'ayant pas complété 12 mois de service au moment de l'accident.<sup>630</sup> L'article 33.4(1), qui donne à la Commission le pouvoir de se soustraire aux règles de détermination de l'indemnité lorsque ces résultats seraient inéquitables, ne s'applique pas à ces travailleurs atypiques.<sup>631</sup> Ces règles introduisent des changements qui semblent fort importants pour le niveau de protection

- 
626. W.C.A., art. 33.1 (2), ajouté par *Workers Compensation Amendment Act*, 2002, art. 17 : « 33.1 (2) Subject to sections 33.2 to 33.7, if a worker's disability continues after the end of the period referred to in subsection (1) (a) and (b) that is shorter for the worker, the Board must, for the period starting after the end of that shorter period, determine the amount of average earnings of the worker based on the worker's gross earnings, as determined by the Board, for the 12 month period immediately preceding the date of injury. (3) If 2 or more sections of sections 33.2 to 33.7 apply to the same worker for the same injury, the Board must determine the section that best reflects the worker's circumstances and apply that section ».
627. W.C.A., art. 33.5, ajouté par *Workers Compensation Amendment Act*, 2002, art. 17 : « 33.5 If a worker's pattern of employment at the time of the injury is casual in nature, the Board's determination of the amount of average earnings under section 33.1 from the date of injury must be based on the worker's gross earnings, as determined by the Board, for the 12 month period immediately preceding the date of injury ».
628. W.C.A., art. 33.6, ajouté par *Workers Compensation Amendment Act*, 2002, art. 17 : « 33.6 If an independent operator or employer, to whom the Board directs that this Part applies under section 2 (2), has purchased coverage under this Act, the Board must determine the amount of average earnings under section 33.1 from the date of injury based on the gross earnings for which coverage is purchased ».
629. W.C.A., art. 33.2, ajouté par *Workers Compensation Amendment Act*, 2002, art. 17.
630. W.C.A., art. 33.3, ajouté par *Workers Compensation Amendment Act*, 2002, art. 17 : « 33.3 In the case of a worker employed, on other than a casual or temporary basis, by the employer for less than 12 months immediately preceding the date of the injury, the Board's determination of the amount of average earnings under section 33.1 (2) must be based on the gross earnings, as determined by the Board, for the 12 month period immediately preceding the date of injury, of a person of similar status employed in the same type and classification of employment (a) by the same employer, or (b) if no person is so employed, by an employer in the same région ».
631. W.C.A., art. 33.4, ajouté par *Workers Compensation Amendment Act*, 2002 art. 17 : « 33.4 (1) If exceptional circumstances exist such that the Board considers that the application of section 33.1 (2) would be inequitable, the Board's determination of the amount of average earnings of a worker may be based on an amount that the Board considers best reflects the worker's loss of earnings. (2) Subsection (1) does not apply in the circumstances described in section 33.2, 33.3, 33.5 or 33.6 ». (Nous soulignons).

des travailleurs en situation non traditionnelle.<sup>632</sup> Outre la réduction du pouvoir d'appréciation laissé à la Commission et la mise en place de catégories, on doit aussi noter que la référence à la notion de capacité de gains semble moins importante dans le nouveau texte.

## **B) Aux États-Unis**

Le développement du travail atypique est aussi important aux États-Unis et certaines études ont déjà été menées sur le niveau de protection sociale auquel pouvaient accéder ces travailleurs compte tenu des lois existantes. Nous nous inspirerons de ces études, ainsi que du contenu des lois, pour présenter le niveau de protection que réservent les lois américaines dans trois domaines : les normes minimales de travail, les rapports collectifs du travail et l'indemnisation des accidents du travail. Les deux premières questions relèvent essentiellement de lois fédérales, alors que la dernière est l'objet de lois des États. Certains États ont aussi choisi d'encadrer l'activité des agences de placement, la plupart du temps en lien avec la responsabilité qui incombe aux employeurs d'assurer une couverture en matière d'indemnisation des accidents du travail. Nous donnerons quelques exemples de ces lois dans une dernière section.

### 1- Normes minimales du travail

Au Canada, nous avons vu que le régime des normes minimales de travail encadre, à des degrés divers, deux grandes questions : la protection de l'emploi et les conditions minimales de travail. Nous examinerons l'état des règles aux États-Unis sur ces deux matières, en identifiant les lois applicables et l'accès des travailleurs atypiques aux différentes protections qu'elles comportent.

---

632. Pour l'interprétation de ces textes, voir la nouvelle directive du *Panel of Administrators* de la Commission : *Practical Directive # 33, Average Earnings – Initial and Long-Term Rates*, amendée, en vigueur le 16 juillet 2002.

a. La protection de l'emploi

Aux États-Unis, la doctrine de l'*employment at will* prévaut dans la plupart des États. En vertu de cette doctrine, l'employeur peut mettre fin à un lien d'emploi à tout moment, sans préavis et quelle qu'en soit la cause.<sup>633</sup> Des lois fédérales apportent des exceptions à cette doctrine. L'une d'elle est l'interdiction de mettre fin à un emploi pour un motif discriminatoire en vertu des lois prohibant la discrimination.<sup>634</sup>

Une autre loi fédérale, the *Minimum Notice Periods for Termination of Employment*,<sup>635</sup> s'impose aux grandes entreprises, c'est-à-dire aux employeurs qui emploient 100 employés à plein temps ou aux employeurs employant 100 employés, à plein temps ou à temps partiel, à l'exclusion des entrepreneurs indépendants, qui effectuent au total au moins 4000 heures de travail par semaine dans la période des douze mois précédant.<sup>636</sup> Elle requiert que l'employeur donne un préavis écrit de 60 jours lors d'un licenciement collectif ou d'une fermeture aux employés qui peuvent en être affectés et à leurs représentants.<sup>637</sup> La loi définit ainsi les employés affectés (*affected employees*) : il s'agit d'« employees who may reasonably be expected to experience an employment loss as a consequence of a proposed plant closing or a mass lay-off by their employer ». <sup>638</sup> Les employés, qu'ils soient à temps partiel ou sur appel, qui correspondent à cette définition, sont considérés comme des employés affectés au sens de la loi lors d'une fermeture ou d'un licenciement collectif : ils doivent recevoir le préavis de licenciement requis.<sup>639</sup>

---

633. Gilles Trudeau, « L'impact de l'Accord de libre-échange sur les relations du travail au Québec et leur encadrement légal », dans *La libéralisation des échanges Canada-États-Unis et les relations industrielles au Québec. Négocier l'avenir*, Université de Montréal, Vingtième colloque, Relations industrielles, 1989, p. 104.

634. *Title VII of the Civil Right Act of 1964*, 42 U.S.C. art. 2000e-2(a) (c. 21); *Age Discrimination in Employment Act(ADEA)*, 29 U.S.C. art. 621 (Chapter 14).

635. *Minimum Notice Periods for Termination of Employment*, 29 U.C.S. art. 2101 (c. 23).

636. *Id.*, art. 2101(a) (1).

637. *Id.*, art. 2102 (a) (1).

638. *Id.*, art. 2101 (a) (5).

639. Anthony P. Carnevale, Lynn A. Jennings and James M. Eisenmann, « Contingent Workers and Employment Law » in Kathleen Barker and Kathleen Christensen (eds), *Contingent Work. American Employment in Transition*, Ithaca and London, ILR Press (Cornell University Press), 1998, p. 303.

Une autre loi fédérale, the *Family and Medical Leave Act of 1993*<sup>640</sup> permet aux employés éligibles de pouvoir bénéficier d'un congé non payé d'une durée de douze semaines dans une période de douze mois pour des raisons médicales, pour la naissance ou l'adoption d'un enfant ou pour le soin d'un proche éprouvant de sérieux problèmes de santé<sup>641</sup> et d'être réintégrés dans leur emploi ou dans un emploi équivalent à la fin de leur congé.<sup>642</sup> Les employés éligibles au sens de la loi doivent satisfaire trois critères : ils doivent avoir été employés au moins pendant 12 mois par l'employeur à qui le congé est demandé, avoir accompli au moins 1250 heures de travail pour cet employeur au cours des douze mois précédents et avoir travaillé dans un établissement ou un groupe d'établissements (*work site*) ayant au moins 50 employés dans un rayon de 75 miles.<sup>643</sup> Ces trois exigences ont été précisées par des règlements.<sup>644</sup> La première exigence tient à la durée du lien d'emploi et les douze mois ne sont pas nécessairement consécutifs. L'exigence d'heures de travail est interprétée au sens du *Fair Labor Standard Act*,<sup>645</sup> il doit s'agir d'heures de travail effectives, à l'exclusion des congés de maladie ou des congés payés. Bref, ces conditions ont un effet d'exclusion certain :

« the definition of « eligible employees » under the FMLA makes it impossible for part-times employees – barring overtime hours worked to carry the employee to the threshold of 1250 hours – to meet the eligibility requirements under the FMLA. Furthermore, it is just as impossible for temporary workers and independent contractors to be covered by the FMLA due to the nature of their employment and the definition of « eligible employee ». In order to bring all workers – temporary and part-time employees and independent contractors -within the ambit of the

---

640. *Family and Medical Leave Act of 1993*, 29 U.S.C. art. 2601 (c. 28).

641. *Id.*, art. 2612 (a)(1).

642. *Id.*, art. 2614 (a)(1).

643. *Id.*, art. 2611(2)(A) et (B). La loi ne s'impose qu'à l'employeur qui emploie 50 employés ou plus pour chaque jour de travail pendant 20 semaines de travail ou plus dans l'année précédente (*Id.*, art. 2611(4)(A)(i)).

644. A. P. Carnevale, L. A. Jennings and J. M. Eisenmann, *op. cit.*, p. 294-296.

645. *Fair Labor Standards Act of 1938*, 29 U.C.S. art. 203 (o) (c. 8) (ci-après cite « F.L.S.A. »).

FMLA, Congress would need to amend the law and redefine « eligible employees » by deleting the criteria of twelve months and 1,250 hours of service ». <sup>646</sup>

b. Les normes minimales de travail

Les normes minimales du travail aux États-Unis sont comprises dans une loi fédérale, le *Fair Labor Standards Act*.<sup>647</sup> Cette loi établit un taux de salaire minimum, requiert que les heures de travail effectuées au-delà de 40 heures par semaine soient rémunérées à taux majoré de 50 %, ce qui a pour effet de rendre cette norme inaccessible au travailleur à temps partiel,<sup>648</sup> et prohibe le travail des enfants. La plupart des travailleurs atypiques, à l'exception, avons-nous vu, des entrepreneurs indépendants, sont compris dans le champ d'application de la loi mais plusieurs exclusions aux règles relatives au salaire ou à la durée du travail sont apportées dans la loi.<sup>649</sup> Le FLSA prohibe aussi la discrimination salariale fondée sur le sexe,<sup>650</sup> mais ne fait référence à aucun autre facteur de distinction prohibée. Ce qui fait que :

« Statistics indicate that contingent workers earn less than their full-time, permanent counterparts. Given the remedial intent of the FLSA, it is both ironic and contrary to the original intent of the law that a contingent

---

646. A. P. Carnevale, L. A. Jennings and J. M. Eisenmann, *op. cit.*, p. 297.

647. F.L.S.A., art. 201.

648. Les États peuvent toutefois prévoir des obligations plus strictes que celles requises par la F.L.S.A. La Californie, par exemple, établit un taux majoré de 50% pour tout travail exécuté après 8 heures de travail par jour ou 40 heures de travail par semaine et un double taux pour les heures travaillées au-delà de douze heures par jour. Karen E. Ford, Kerry E. Notestine, Richard N. Hill, *Fundamentals of Employment Law*, Chicago, American Bar Association, 2000, p. 502.

649. Exemptions au salaire minimum et à la durée de travail: F.L.S.A., art. 213 (a); au salaire minimum; à la durée du travail : *Id.*, art. 213 (b).

650. *Id.*, art. 206 (d).

worker performing similar tasks with the same skill, effort and responsibility as a permanent employee can receive a lower wage ». <sup>651</sup>

À la différence de la plupart des lois sociales américaines en vertu desquelles les agences de placement temporaire sont reconnues comme l'employeur des employés qu'elles affectent à des missions dans des entreprises clientes, les agences et les entreprises utilisatrices sont généralement considérées comme des «employeurs conjoints» responsables des obligations relatives au salaire minimum et à la durée de travail comprises dans le FLSA. <sup>652</sup> Cette notion d'«employeurs conjoints» serait utilisée par le *Department of Labor* pour qualifier ces relations de travail triangulaires depuis au moins le début des années 1970. <sup>653</sup> Elle permet de protéger le travailleur oeuvrant pour des employeurs constituant des entités juridiquement différentes :

---

651. A. P. Carnevale, L. A. Jennings and J. M. Eisenmann, *op. cit.*, p. 284.

652. Robert B. Moberly, « Temporary, Part-Time, and Other Atypical Employment Relationship in The United States », (1987) *Labor Law Journal* 689, 695.

653. *Id.*, p. 695.

« Where there is more than one employing entity for a single employee, a common-law, joint-employer relationship may be recognized under the FLSA. Although the standards used to establish such a relationship have not been precisely defined, they included consideration of such matters as whether there is any agreement to share the employee's service, whether the employees provides services to both employers at the same time, and whether both entities are commonly controlled. (...) Where an individual works for two nominally separate entities that actually are joint employers, the individual's hours of work must be aggregated to determine when overtime is due. Both employers will be liable for any wages that are found to be due ». <sup>654</sup>

Cette notion d'employeurs conjoints, comme nous le verrons dans les pages qui suivent, est aussi importante pour comprendre l'encadrement des relations triangulaires de travail en matière de rapports collectifs.

## 2- Rapports collectifs du travail

En 1990, 7 % seulement des travailleurs à temps partiel étaient membres d'un syndicat aux États-Unis, comparativement à 19 % des travailleurs à temps plein. <sup>655</sup> Ces données suggèrent que le niveau de protection des travailleurs américains en ce qui concerne le droit d'association et de négociation varie selon leur situation de travail.

---

654. Karen E. Ford, Kerry E. Notestine, Richard N. Hill, *op. cit.*, p. 486. Ces auteurs rapportent aussi qu'une agence de travail temporaire a été considérée comme l'employeur d'« entrepreneurs indépendants » qu'elle référerait à des entreprises clientes parce qu'elle voyait à leur embauche, déterminait leur taux de salaire, leur donnait des directives et avait le pouvoir de mettre fin à leur service. Voir l'affaire *Baystate Alternative Staffing, Inc. c. Herman*, 163 F.3d 668 (1<sup>er</sup> Cir. 1998) rapportée p. 484.

655. Virginia L. duRivage, Françoise J. Carré and Chris Tilly, « Making Labour Law Work for Part-Time and Contingent Workers », in Kathleen Barker and Kathleen Christensen, *Contingent Work. American Employment Relations in Transition*, Ithaca, ILR Press, 1998, p. 265.

L'inclusion incertaine des travailleurs occasionnels et à temps partiel dans les unités de négociation des travailleurs réguliers d'un employeur est identifiée comme l'une des principales causes de ce déficit de protection. En l'absence de reconnaissance volontaire, il revient au *National Labor Relation Board (NLRB)* de déterminer l'unité de négociation appropriée. Le *National Labor Relations Act*<sup>656</sup> balise ainsi le pouvoir du N.L.R.B. :

« b) Determination of bargaining unit by Board

The Board shall decide in each case whether, in order to assure to employees the fullest freedom in exercising the rights guaranteed by this subchapter, the unit appropriate for the purposes of collective bargaining shall be the employer unit, craft unit, plant unit, or subdivision thereof: Provided, That the Board shall not :

decide that any unit is appropriate for such purposes if such unit includes both professional employees and employees who are not professional employees unless a majority of such professional employees vote for inclusion in such unit; or

decide that any craft unit is inappropriate for such purposes on the ground that a different unit has been established by a prior Board determination, unless a majority of the employees in the proposed craft unit vote against separate representation or

decide that any unit is appropriate for such purposes if it includes, together with other employees, any individual employed as a guard to enforce against employees and other persons rules to protect property of the employer or to protect the safety of persons on the employer's premises; but no labor organization shall be certified as the representative of employees in a bargaining unit of guards if such organization admits to

---

656. *National Labor Relations Act*, 29 U.S.C. art.151 (c. 7) (ci-après cité: « N.L.R.A. »).

membership, or is affiliated directly or indirectly with an organization which admits to membership, employees other than guards ». <sup>657</sup>

On remarquera que, comme dans les régimes canadiens étudiés, des règles visent certaines catégories de travailleurs (travailleurs de métier, professionnels ou gardiens de sécurité) mais que rien ne concerne les travailleurs occasionnels ou à temps partiel. Le N.L.R.B., comme le font les commissions canadiennes, utilise le critère de la communauté d'intérêts pour déterminer si ces travailleurs peuvent être compris dans des unités comprenant des travailleurs réguliers à temps plein.

« In determining an appropriate bargaining unit, the board relies upon a «community of interest» criterion that considers similarity of wages, working conditions, and regularity of employment among workers. Using this criterion, the NLRB has issued inconsistent rulings as to whether part-time and contingent workers hired directly by the firm should be covered by the same contract as regular employees. In some cases, the board has found that short-term hires may be part of a bargaining unit if no certain date has been set for their termination. Seasonal employees may be included in the unit if they have a reasonable expectation of reemployment ». <sup>658</sup>

Qu'il s'agisse des travailleurs à temps partiel ou des travailleurs occasionnels, les décisions du N.L.R.B. manquent de constance. En ce qui concerne les travailleurs à temps partiel, le nombre d'heures travaillées serait le principal facteur permettant de déterminer l'existence d'une communauté d'intérêts, même si ce critère n'élimine pas les

---

657. N.L.R.A., art. 159 (b).

658. Virginia L. duRivage, Françoise J. Carré and Chris Tilly, *op. cit.*, p. 266-267.

décisions contradictoires.<sup>659</sup> Quant aux travailleurs occasionnels, le N.L.R.B. considèrera qu'il y a communauté d'intérêts lorsque ces travailleurs ont et continueront d'avoir un intérêt aussi fort que les employés réguliers en ce qui concerne le salaire et les conditions de travail.<sup>660</sup> Les décisions d'exclusions étant assez fréquentes, certains estiment que l'état actuel du droit peut inciter les employeurs à recourir à l'embauche des travailleurs atypiques exclus afin d'éviter d'avoir à appliquer une convention collective.

Par ailleurs, comme les lois canadiennes, le texte du N.L.R.A. est peu adapté à la situation des travailleurs soumis au contrôle ou aux décisions d'employeurs différents, comme les travailleurs provenant d'agences de placement temporaire. Les notions d'employeur unique (*single employer*) et d'employeurs conjoints (*joint employers*) n'y sont nulle part définies. Le N.L.R.B. a toutefois élaboré ces deux notions qui jouent un rôle important dans l'application du N.L.R.A. et qui trouvent une pertinence certaine dans le contexte du travail atypique. Pour le N.L.R.B., un employeur unique (*single employers*) existe lorsque deux entités juridiquement distinctes constituent en réalité une seule entreprise intégrée. Quatre critères permettent d'en reconnaître l'existence : l'interrelation des opérations, une gestion commune, le contrôle centralisé des relations de travail et la propriété commune. Pour sa part, la notion employeurs conjoints (*joint employers*) ne suppose pas l'existence d'une seule entreprise intégrée; même s'il n'y a pas unanimité sur les critères permettant de qualifier une telle situation, elle existerait lorsque deux employeurs ou plus exercent un contrôle significatif sur les mêmes employés, par exemple lorsque la preuve démontre qu'ils partagent ou déterminent conjointement leurs conditions de travail ou différents aspects de la relation d'emploi.<sup>661</sup>

Certains auteurs ont dénoncé la timidité que démontrait le N.L.R.B. dans l'utilisation de la notion d'*employeurs conjoints* pour reconnaître les situations où la fonction d'employeur est partagée entre plusieurs entités :

---

659. Theodore Kheel, *Business Organizations – Labor Law*, Matthew Brender and Co. Inc. (feuillets mobiles), vol. 18C, paragr. 14.05(2).

660. *Ibid.*

661. *Id.*, vol. 18A, paragr. 8.02 (3).

« The NLRB, drawing on outdated notions of a fixed worker-employer relationship, rarely finds a joint employer relationship: that is, it rarely recognizes the employer like role played by the client firm in controlling the wage levels and duration of employment of the contractor's workforce. Under current labour law, the NLRB uses a narrow *right to control* test to determine joint employer status, This test ignores the underlying economic realities of the client/contractor relationship, focusing instead on whether employees *share or codetermine those matters governing the essential terms and conditions of employment*. Even in cases where the client is extensively involved in work assignments and supervision, however, the board has failed to recognize joint employer liability ». <sup>662</sup>

Dans la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Ville de Pointe-Claire*, la juge l'Heureux-Dubé rappelait d'ailleurs, dans sa dissidence, qu'en droit américain le statut d'employeurs conjoints était surtout utilisé dans le cas de dispositions condamnant les pratiques déloyales de travail et que dans la plupart des cas, l'agence de placement temporaire était considérée comme employeur aux fins de l'accréditation et non pas comme « employeur conjoint ». <sup>663</sup> Un revirement a toutefois eu lieu au sein du N.L.R.B. dans la décision *Sturgis Inc.* <sup>664</sup> Le N.L.R.B. y précise dans quelles circonstances un employeur client et une agence de placement temporaire peuvent être considérés comme les employeurs conjoints des employés provenant de l'agence aux fins de la détermination de l'unité de négociation appropriée. Dans les cas étudiés dans cette décision, le N.L.R.B. conclut que les employés provenant de l'agence de placement et les employés de l'entreprise-cliente peuvent être réunis dans une même unité de négociation qui liera les deux employeurs s'il y a entre eux une communauté d'intérêts suffisante. Bref, si l'agence de placement temporaire est toujours l'employeur, elle n'est plus le seul

---

662. V. L. duRivage, F. J. Carré and C. Tilly, *op. cit.*, p. 267-268.

663. *Ville de Pointe-Claire c. Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau, section locale 57*, précitée, paragr. 94.

664. *M.B. Surgis, Inc. and Textile Processors, Service Trades, Health Care, Professional & Technical Employees International Union Local 108* et autres cas, 331 NLRB no 173, p. 1298-1323.

employeur de ces employés aux fins des rapports collectifs : le contrôle de l'entrepreneurié sur le travail de ces employés est ainsi reconnu, mais d'une manière qui est différente de celle qui a été établie au Canada.

La décision du N.L.R.B. dans la même affaire précise que les règles régissant l'accréditation d'une unité de négociation multipatronale ne sont pas applicables lorsque, comme dans les cas étudiés, les deux employeurs sont considérés comme des employeurs conjoints, ce qui constitue un autre revirement des politiques du N.L.R.B. Rappelons que le N.L.R.B. n'accrédite une unité multipatronale que sur une « base consensuelle », c'est-à-dire si toutes les parties visées y consentent. L'objection d'une seule partie, patronale ou syndicale, suffit pour empêcher le N.L.R.B. d'accréditer une unité multipatronale, ce qui limite ces accréditations aux unités qui négocient déjà à l'échelle multipatronale.<sup>665</sup>

### 3- Indemnisation des accidents du travail et des maladies professionnelles

Les règles régissant l'indemnisation des accidents du travail relèvent la plupart du temps des États, sous réserve des lois fédérales applicables aux employés fédéraux. Dans tous les États américains, sauf le Texas, les employeurs doivent prévoir une couverture permettant à leurs employés, qu'ils soient à temps plein ou à temps partiel, d'être compensés pour la perte de gains due à une incapacité temporaire consécutive à une blessure ou une maladie liée au travail. Les modalités d'une telle compensation varient d'un État à l'autre, mais les employés reçoivent en moyenne les deux tiers de leur salaire mensuel normal pendant la durée de l'incapacité.<sup>666</sup> Ils doivent être compensés pour une incapacité permanente, totale ou partielle, résultant d'une maladie ou un accident de travail, dans des conditions qui varient aussi selon les États. Enfin, l'employeur est aussi tenu de couvrir les coûts des traitements médicaux requis pour l'employé victime d'une blessure ou une maladie liées à son emploi.

---

665. T. Kheel, *op. cit.*, vol. 18C, paragr. 14.04[4]; G. Trudeau, *op.cit., supra* note 633, p. 116.

666. *Workers Compensation: an Overview*, Legal Information Institute (LII), consulté à l'adresse suivante : [http://www.law.cornell.edu/topics/workers\\_compensation.html](http://www.law.cornell.edu/topics/workers_compensation.html).

Les travailleurs occasionnels (*casual workers*) sont, pour des raisons administratives, exclus de la couverture obligatoire dans plusieurs États :

« Since the keeping of accounts and payrolls records, the systematic provisions of insurance, and the proof of past earnings all assume regular and sustained employment, thirty-one states have felt it necessary for administrative reasons to attempt some exception of « casual » employment ». <sup>667</sup>

Les emplois exclus sont ceux qui durent quelques heures ou quelques jours; les emplois de quelques semaines ou quelques mois ne sont généralement pas considérés comme des emplois occasionnels, ce qui limite la portée de cette exclusion. Par ailleurs, le test utilisé porte sur le caractère occasionnel de l'emploi et non sur le fait que la relation d'emploi entre l'employé et l'employeur est brève. Dans certains États, l'emploi occasionnel ne sera exclu que s'il se situe en périphérie des activités normales de l'employeur. <sup>668</sup>

#### 4- Agences de placement temporaire

Même si l'existence des agences de placement est évoquée dans certaines lois fédérales, <sup>669</sup> ce sont les États qui encadrent leurs activités suivant des modalités très variables. Le Comité a jugé utile de présenter certaines de ces initiatives, sans cependant prétendre qu'il s'agit d'illustrations représentatives de l'état de la situation de l'encadrement juridique de ces agences dans les États américains.

---

667. *Larson's Workmen's Compensation Law*, Matthew Bender, Time Mirror Books, vol. 1C, paragr. 51.11.

668. *Id.*, paragr.51.12; Jack B. Hood, Benjamin A. Hardy and Harold S. Lewis, *Workers' Compensation and Employee Protection Laws in a Nutshell*, Second Edition, St-Paul, West Publishing Co, 1990, p. 44.

669. Voir par ex. *A.D.E.A., art. 623 (b) et 630* (interdiction de la discrimination fondée sur l'âge).

Certaines lois abordent la question des agences de placement (*employee leasing company*) dans le contexte des obligations qui incombent à l'employeur en matière d'indemnisation des accidents du travail. Inspirés d'un projet-type proposé par un organisme de tarification de plusieurs États américains en matière d'indemnisation des accidents du travail (le N.C.C.I.), certains États exigent que :

« l'entreprise qui utilise les services de travailleurs qui lui sont procurés par une autre entreprise doit, sauf s'il s'agit d'un contrat d'aide véritablement temporaire, assurer à ces travailleurs la protection prévue par les lois relatives à l'indemnisation des victimes d'accidents du travail et doit en conséquence payer les primes d'assurance exigibles sur la base de son propre dossier d'expérience ». <sup>670</sup>

Chaque entreprise-cliente doit ainsi obtenir une assurance couvrant les employés des agences de placement avec lesquelles elle fait affaire; elle se trouve assimilée à l'employeur en ce qui concerne l'indemnisation des accidents du travail.

D'autres États précisent les conditions qui doivent être respectées pour qu'une agence de placement soit le détenteur de l'assurance couvrant les travailleurs provenant d'agences de placement. Certains précisent la responsabilité respective de l'agence et de l'entreprise-cliente en matière d'accident du travail, d'assurance-emploi ou d'autres formes d'assurance. <sup>671</sup>

---

670. *La location de personnel, la problématique du travailleur autonome, la problématique de l'administrateur et du dirigeant, op. cit.*, p. 32.

671. Voir par exemple : *Employee Leasing Company Act*, 215 ILCS (Illinois Compiled Statutes Insurance) 113; *Employee Leasing Companies*, The Statute of Maine, titre 32, c. 125, art. 14051; *General Law of Massachusetts*, partie I (Administration of the Government), titre XXI (Labor and Industries), c. 152 (Workers' Compensation), art. 14 A (Employee Leasing Companies) et la réglementation de la Division des assurances (Division of insurance), *Workers' Compensation Rating and Inspection Bureau*.

Ces textes excluent généralement l'agence de placement temporaire.<sup>672</sup> La finalité de ces lois semble être de clarifier les obligations respectives de l'entreprise-cliente et de l'agence en matière d'assurance. Elles sont donc liées au contexte très particulier du droit américain à ce sujet.

En Californie, the *Employment Agency, Employment Conseling, and Job Listing Service Act*<sup>673</sup> couvre les agences de placement, qu'il s'agisse de placement temporaire ou non, et établit les rapports qui doivent prévaloir entre elles et la personne à la recherche d'un emploi. Les agences qui exigent des frais uniquement de l'employeur pour leurs services ne sont pas couvertes par la loi.<sup>674</sup> La loi précise le contenu obligatoire du contrat écrit entre l'agence et le chercheur d'emploi. La relation d'emploi est clairement établie entre l'entreprise-cliente et le travailleur, l'agence intervenant avant que la relation d'emploi ne soit formée.

---

672. Dans la loi de l'État de l'Illinois (précitée), les arrangements de placement temporaire (*temporary help arrangement*) sont définis comme «a service whereby an organization hires its own employees and assigns them to clients for a finite time period to support or supplement the client's work force in special work situations such as, but not limited to, employee absences, temporary skill shortages, seasonal workloads, and special assignments and project ». Ils sont exclus de la définition des arrangements de placement (*employee leasing arrangement*) visés par la loi. Par contre, sont inclus les arrangements de placement temporaire de longue durée, c'est-à-dire de plus de 6 mois (art. 15). La loi de l'État du Maine (précitée) définit l'agence de placement (*Employee leasing company*) de manière suivante : « a sole proprietorship, partership, corporation or other form of business entity, a substantial portion of the business of which consists of leasing employees to one or more client companies under contractual arrangements that are characterized by the following : a) Employment responsibilities are carried out by the employee leasing company or are shared by the employee leasing company and the client company : b) Direction and control of employees provided by the employee leasing company are handled by the employee leasing company or are shared by the employee leasing company and the client company. « Direction and control » includes the right of the employee leasing company to hire and fire employees. c) The leasing arrangement is long term and does not include arrangements to provide temporary help services. « Temporary help services » means a service whereby an organization hires its own employees and assigns them to a 3<sup>rd</sup> party to support or supplement the 3<sup>rd</sup> party's work force in work situations such as employee absences, temporary skill shortages, seasonal work load conditions and special assignments and projects: d) The leasing arrangement does not include providing labor dispute workers. « Labor dispute workers » means a worker who is furnished to an entity to replace workers involved in strikes, loukouts or other labor activities » (art. 3).

673. *Employment Agency, Employment Conseling, and Job Listing Service Act*, in *California Civil Code*, titre 2.91, art. 1812.500.

674. *Id.*, art. 1812.502.

À l'inverse, la loi de l'État de la Floride affirme clairement que l'agence de placement est l'employeur de l'employé dont les services sont prêtés à une entreprise-cliente. La loi définit l'agence de placement, excluant l'agence de travail temporaire,<sup>675</sup> établit une procédure d'octroi d'un permis<sup>676</sup>, détermine les responsabilités de l'agence quant aux conditions de travail et aux régimes d'assurance et précise le contenu du contrat entre l'agence et le client dans les termes suivants :

«(4) The employee leasing company's contractual arrangements with its client companies shall satisfy the following conditions, whereby the leasing company :

- a) Reserves a right of direction and control over leased employees assigned to the client's location. However, a client may retain such sufficient direction and control over the leased employees as is

---

675. *The 2002 Florida Statutes*, titre XXXII, c. 468, partie IX (*Employee Leasing Companies*), art. 468.520: «(4) *Employee leasing* means an arrangement whereby a leasing company assigns its employees to a client and allocates the direction of and control over the leased employees between the leasing company and the client. The term does not include the following : a) A temporary help arrangement, whereby an organization hires its own employees and assigns them to a client to support or supplement the client's workforce in special work situations such as employee absences, temporary skill shortages, seasonal workloads, and special assignments and projects; b) An arrangement in which an organization employs only one category of employees and assigns them to a client to perform a function inherent to that category and which function is separate and divisible from the primary business of the client; c) A facilities staffing arrangement, whereby an organization assigns its employees to staff, in whole or in part, a specific client function or functions, on an ongoing, indefinite basis, provided that the total number of individuals assigned by that organization under such arrangements comprises no more than 50 percent of the workforce at a client's worksite and provided further that no more than 20 percent of the individuals assigned to staff a particular client function were employed by the client immediately preceding the commencement of the arrangement; d) An arrangement in which an organization assigns its employees only to a commonly controlled company or group of companies as defined in art. 414 of the Internal Revenue Code and in which the organization does not hold itself out to the public as an employee leasing company; e) A home health agency licensed under chapter 400, unless otherwise engaged in business as an employee leasing company; f) A health care services pool licensed under art. 400.980, unless otherwise engaged in business as an employee leasing company. (5) *Employee leasing company* means a sole proprietorship, partnership, corporation, or other form of business entity engaged in employee leasing. (6) *Client company* means a person or entity which contracts with an employee leasing company and is provided employees pursuant to that contract ».

676. *Id.*, art. 468.526 – Licence required; fees and art. 468.527 -Licensure and license renewal.

necessary to conduct the client's business and without which the client would be unable to conduct its business, discharge any fiduciary responsibility that it may have, or comply with any applicable licensure, regulatory, or statutory requirement of the client.

- b) Assumes responsibility for the payment of wages to the leased employees without regard to payments by the client to the leasing company.
- c) Assumes full responsibility for the payment of payroll taxes and collection of taxes from payroll on leased employees.
- d) Retains authority to hire, terminate, discipline, and reassign the leased employees. However, the client company may have the right to accept or cancel the assignment of any leased employee.
- e) Retains a right of direction and control over management of safety, risk, and hazard control at the worksite or sites affecting its leased employees, including :
  - 1. Responsibility for performing safety inspections of client equipment and premises.
  - 2. Responsibility for the promulgation and administration of employment and safety policies.
  - 3. Responsibility for the management of workers' compensation claims, claims filings, and related procedures.
- f) Has given written notice of the relationship between the employee leasing company and the client company to each leased employee it assigns to perform services at the client's worksite ». <sup>677</sup>

---

677. *Id.*, art. 468.525 (4) – License requirements.

Si comme dans les autres lois, la question des assurances en cas d'indemnisation des accidents du travail est traitée,<sup>678</sup> cet extrait montre que l'objet de la loi déborde largement cette seule question. L'agence y est clairement identifiée comme l'employeur des employés dont les services sont prêtés à une entreprise-cliente; le contrat avec l'entreprise-cliente doit préciser les modalités de partage des prérogatives de direction entre les deux entités.

---

678. « (1) A licensed employee leasing company is the employer of the leased employees (...) (2) An initial or renewal license may not be issued to any employee leasing company unless the employee leasing company first files with the board evidence of workers' compensation coverage for all leased employees in this state. Each employee leasing company shall maintain and make available to its workers' compensation carrier the following information: (...) » *Id.*, art. 468.529 (1) et (2) – Licensee's insurance; employment tax; benefit plans.