

CHAPITRE 5 – LA SITUATION DES TRAVAILLEURS ATYPIQUES EN DROIT INTERNATIONAL ET EN DROIT EUROPÉEN

Toute cette question du travail dit atypique ou de la situation de travail non traditionnelle n'est pas un phénomène local, on s'en doutait bien. Elle n'est pas propre au Québec ni au Canada mais s'étend à l'ensemble des pays industrialisés. En effet, nées des changements dans les modes d'organisation du travail résultant, à la fois, de l'implantation de technologies nouvelles comme des conditions imposées par la compétitivité des entreprises à l'échelle planétaire, ces nouvelles formes de relations du travail se retrouvent maintenant partout.

Voici ce qu'écrivait à ce sujet une éminente juriste belge en 1994 :

« En réalité, le phénomène législatif qu'on peut constater réside dans un accroissement – mais combien spectaculaire – des formes juridiques distinctes de l'emploi traditionnel. Il témoigne aussi d'une conception où ces figures de travail précaire ne sont plus uniquement destinées à marquer une phase dans les relations contractuelles entre employeur et salarié, mais sont, dans une certaine mesure, susceptibles de jalonner toute une carrière professionnelle ». ⁶⁷⁸

Si elles apportent leur cortège d'avantages pour les entreprises, notamment une plus grande flexibilité dans l'utilisation et la gestion de main-d'œuvre, et parfois aussi pour les travailleurs, en facilitant la conciliation travail-famille ou en permettant une plus large autonomie dans l'exécution du travail ou dans l'aménagement du temps qui y est consacré, elles ne vont pas sans engendrer des difficultés non négligeables qui sont communes à tous les régimes observés. En effet, quel que soit le pays industrialisé

678. Micheline Jamoulle, *Seize leçons sur le droit du travail*, Collection scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1994, 310 pages, à la page 222.

considéré, les problèmes soulevés sont du même ordre : difficulté de définir la relation d'emploi, disparité de traitement entre des personnes exécutant des tâches similaires dans la même entreprise, précarisation de l'emploi, voire l'exclusion du champ d'application du droit du travail.

Déjà, plusieurs institutions internationales et plusieurs gouvernements de pays étrangers se sont penchés sur ces questions et plusieurs d'entre eux ont élaboré des règles visant à assurer à ces « nouveaux travailleurs », c'est-à-dire à ceux et celles dont la relation d'emploi ne correspond pas au modèle du lien de salariat classique, une protection sociale minimale ou équivalente à celle dont bénéficient les salariés traditionnels.

Au premier chef, l'Organisation internationale du Travail a adopté, entre 1994 et 1997, des instruments porteurs de certains principes et de certaines règles visant à encadrer les conditions particulières d'exercice du travail à temps partiel et du travail à domicile ainsi que les agences privées de placement.

L'Union européenne, pour sa part, tout en s'inscrivant dans l'ordre des principes mis de l'avant par l'O.I.T. et parfois même les devançant dans le temps, a adopté, depuis 1991, certaines directives comportant des dispositions plus précises encore et visant la santé et la sécurité du travail, le travail à temps partiel et les contrats à durée déterminée. De plus, le Parlement européen sera bientôt saisi d'une proposition de Directive déjà adoptée par la Commission européenne et portant sur le travail intérimaire.

Enfin, plusieurs des États membres de l'Union européenne ont non seulement modifié leur législation nationale pour tenir compte des directives émanant des instances européennes mais ont parfois adopté des législations beaucoup plus contraignantes visant à mieux encadrer ces relations de travail moins traditionnelles.

Avant de les examiner successivement, il peut être intéressant de souligner, dès le départ, que tous ces instruments internationaux comme nationaux ont ceci en commun qu'ils poursuivent, à des degrés divers, le double objectif d'assurer une égalité de traitement

entre des travailleurs qui exercent un travail similaire dans une même entreprise, sans égard à leur statut d'emploi, et celui d'assurer, même de faciliter, l'accès de ces travailleurs, souvent à statut précaire, à des emplois permanents de qualité dans les entreprises qui les emploient.

Enfin, force est de constater qu'une revue des principales dispositions législatives en vigueur en Amérique du Nord, aussi bien au Canada qu'aux États-Unis, conduit à la conclusion que les mesures de protection sociale des personnes en situation de travail non traditionnelle sont beaucoup moins développées qu'outre-Atlantique et qu'elles demeurent, le plus souvent, bien en retrait des normes proposées par l'O.I.T.

I- LES NORMES DE L'O.I.T.

Venant en quelque sorte compléter et préciser certaines conventions adoptées précédemment en matière de politique de l'emploi,⁶⁷⁹ la Conférence internationale du Travail, organe législatif de l'O.I.T., a adopté ces dernières années trois conventions et autant de recommandations touchant certaines catégories de travailleurs évoluant dans des conditions dites non traditionnelles, soit les travailleurs à temps partiel, les travailleurs à domicile et les travailleurs des agences privées de placement.

Bien que ces instruments soient relativement récents et aient fait l'objet d'un nombre limité de ratifications à ce jour, ils demeurent l'expression d'une volonté de la communauté internationale de voir les États membres de l'O.I.T. transcrire dans leurs législations nationales certains principes de base, dont elle souhaite que l'application devienne le plus rapidement possible universelle.

Il convient de les examiner brièvement un à un, en mettant l'accent sur les dispositions qui touchent de façon plus spécifique la protection sociale au sens du mandat du présent Comité. Cet exercice devrait permettre de mieux situer la législation québécoise, dans son état actuel, par rapport à ces normes internationales et de nous interroger, éventuellement, sur la pertinence pour le législateur québécois de s'en inspirer, le cas échéant, pour rendre sa législation conforme aux grands principes qui les sous-tendent.

Selon le principe reconnu de la « clause la plus favorable », il va de soi que ces conventions ou recommandations ne sauraient être interprétées dans un sens qui serait moins favorable au travailleur, que les dispositions plus favorables applicables en vertu

679. Notamment les conventions portant sur l'égalité de rémunération, 1951, sur la discrimination (emploi et profession), 1958, sur les travailleurs ayant des responsabilités familiales, 1981; sur les bureaux de placement payants (révisée), 1949; sur la promotion de l'emploi et la protection contre le chômage, 1988, et la recommandation concernant la politique de l'emploi (dispositions complémentaires), 1984.

d'autres conventions internationales du travail en vigueur ou en vertu de la législation nationale.

Même si l'OIT n'a jamais adopté de Convention ni de Recommandation visant exclusivement les travailleurs indépendants, ce n'est pas à dire pour autant qu'elle se désintéresse de cette catégorie de travailleurs. Certains instruments internationaux visent indirectement l'emploi indépendant.

On ne saurait non plus passer sous silence les travaux poursuivis au sein de l'Organisation internationale du Travail depuis plusieurs années, mais surtout depuis 1998, sur le thème du champ d'application de la législation sur la relation de travail dans un contexte où de nombreux travailleurs dépendants ne bénéficient pas de la protection que procure le droit du travail.

A) Le travail à temps partiel

La Convention sur le travail à temps partiel, 1994 (C 175) a été adoptée le 24 juin 1994.⁶⁸⁰

L'objectif de cet instrument n'est pas de réduire le recours au travail à temps partiel, encore moins de l'interdire ou d'en freiner le développement, mais plutôt de s'assurer que les travailleurs à temps partiel ne soient pas victimes de disparité de traitement pour le seul motif qu'ils sont à temps partiel. Il vise également à freiner certains abus auxquels peut donner lieu, dans certains cas, le changement de statut de temps complet à temps partiel au gré du seul employeur.

680. À la date du 5 septembre 2002, la Convention C 175, reproduite en annexe, avait été ratifiée par neuf pays.

Dans le préambule de la convention, l'O.I.T. reconnaît la place et l'importance du travail à temps partiel et le rôle que ce type de travail joue dans la création de possibilités d'emploi supplémentaires. Elle reconnaît tout autant la nécessité d'assurer la protection des travailleurs à temps partiel dans les domaines de l'accès à l'emploi, des conditions de travail et de la sécurité sociale.

La convention donne du *travailleur à temps partiel* une définition tout à fait classique, à savoir celui « dont la durée normale du travail est inférieure à celle des travailleurs à plein temps se trouvant dans une situation comparable ». ⁶⁸¹

Quant au fond, la convention vise essentiellement quatre objectifs eu égard aux droits fondamentaux, au salaire, à la sécurité sociale de même qu'aux congés et à la protection de l'emploi.

Pour ce qui est des droits fondamentaux, la convention vise à garantir une égalité de traitement entre les travailleurs à temps partiel et les travailleurs à plein temps se trouvant dans une situation comparable en ce qui concerne : « a) le droit d'organisation, le droit de négociation collective et celui d'agir en qualité de représentants des travailleurs; b) la sécurité et la santé au travail; c) la discrimination dans l'emploi et la profession ». (*Article 4*)

Eu égard au salaire, la convention entend assurer, là aussi, une égalité de traitement mais *au pro rata temporis*, à savoir : « que les travailleurs à temps partiel ne perçoivent pas, au seul motif qu'ils travaillent à temps partiel, un salaire de base qui, calculé proportionnellement (...), soit inférieur au salaire de base (...) des travailleurs à plein temps se trouvant dans une situation comparable ». (*Article 5*)

681. Et l'expression travailleur à plein temps se trouvant dans une situation comparable réfère à « un travailleur à plein temps: i) ayant le même type de relation d'emploi; ii) effectuant le même type de travail, ou un type de travail similaire, ou exerçant le même type de profession, ou un type de profession similaire; iii) et employé dans le même établissement ou, en l'absence de travailleurs à plein temps se trouvant dans une situation comparable dans cet établissement, dans la même entreprise ou, en l'absence de travailleurs à plein temps se trouvant dans une situation comparable dans cette entreprise, dans la même branche d'activité, que le travailleur à temps partiel visé ».

En matière de sécurité sociale, la convention, toujours sur la base de la règle du *pro rata temporis*, stipule que les régimes légaux de sécurité sociale « doivent être adaptés de manière à ce que les travailleurs à temps partiel bénéficient de conditions équivalentes à celles des travailleurs à plein temps se trouvant dans une situation comparable ». (*Article 6*)

En matière de congés et de protection de l'emploi, les travailleurs à temps partiel devraient bénéficier de conditions équivalentes à celles des travailleurs à plein temps se trouvant dans une situation comparable dans les domaines de « a) la protection de la maternité; b) la cessation de la relation de travail; c) le congé annuel payé et les jours fériés payés; d) le congé de maladie, toujours en proportion de la durée du travail ou des gains ». (*Article 7*)

La convention définit également certaines mesures qui devraient être prises pour faciliter l'accès au travail à temps partiel productif et librement choisi (*Article 9*) et pour assurer que « le transfert d'un travail à plein temps à un travail à temps partiel ou vice versa, soit volontaire ». (*Article 10*)

Enfin, la convention prévoit qu'un État membre pourra exclure totalement ou partiellement de son champ d'application « des catégories particulières de travailleurs ou d'établissements lorsque sa mise en œuvre à leur égard soulève des problèmes particuliers d'une importance non négligeable ». (*Article 3*)

Cette convention est complétée par la Recommandation R 182⁶⁸² qui vient préciser certaines des modalités de la mise en œuvre de la Convention 175, notamment en regard du droit du salarié à temps partiel d'être informé de ses conditions d'emploi, en regard de l'abaissement progressif des seuils de gains ou de durée de travail qui donnent à certains avantages sociaux et de l'accès à la formation. La Recommandation précise également que le changement de statut d'emploi ne peut se faire que dans le respect de la volonté du

682. *Recommandation concernant le travail à temps partiel (R 182)*, adoptée le 24 juin 1994 (reproduite en annexe).

travailleur concerné : « Le refus d'un travailleur d'être transféré d'un travail à plein temps à un travail à temps partiel ou vice versa, ne devrait pas en tant que tel constituer un motif valable de licenciement », y est-il stipulé. La Recommandation reconnaît qu'il demeure néanmoins possible de procéder à des licenciements pour d'autres raisons, comme celles qui peuvent résulter des nécessités du fonctionnement de l'établissement considéré.

B) Le travail à domicile

La Convention sur le travail à domicile, 1996 (C 177) a été adoptée le 20 juin 1996 et est entrée en vigueur le 22 avril 2000.⁶⁸³

Reconnaissant « les conditions particulières propres au travail à domicile » et rappelant que « de nombreuses conventions et recommandations internationales du travail établissant des normes d'application générale concernant les conditions de travail sont applicables aux travailleurs à domicile », l'O.I.T. estime qu'il est « souhaitable d'améliorer l'application de ces conventions et recommandations aux travailleurs à domicile et de les compléter par des normes qui tiennent compte des caractéristiques propres audit travail ». (*Preamble*)

Tout comme dans le cas de la Convention sur le travail à temps partiel, l'objectif central poursuivi par l'instrument est de promouvoir l'égalité de traitement entre cette catégorie de travailleurs et les autres travailleurs salariés tout en tenant compte des conditions particulières du travail à domicile ainsi que, lorsque cela est approprié, des conditions applicables à un type de travail identique ou similaire effectué en entreprise. (*Article 4*)

683. À la date du 5 septembre 2002, la *Convention C 177*, reproduite en annexe, avait été ratifiée par trois pays.

De plus, notons qu'elle ne vise pas toutes les personnes qui effectuent leur travail à domicile, mais seulement celles qui ont le statut de salarié, à l'exclusion donc de ceux que la législation nationale considère comme des travailleurs indépendants.⁶⁸⁴

De plus, la Convention précise qu'une personne ne devient pas un travailleur à domicile par le seul fait qu'elle effectue occasionnellement son travail de salarié à son domicile et non à son lieu de travail habituel.

Cette égalité de traitement dont il est question vise particulièrement les domaines suivants : « a) le droit des travailleurs à domicile de constituer ou de s'affilier à des organisations de leur choix et de participer à leurs activités; b) la protection contre la discrimination dans l'emploi et la profession; c) la protection en matière de sécurité et de santé au travail; d) la rémunération; e) la protection par des régimes légaux de sécurité sociale; f) l'accès à la formation; g) l'âge minimum d'admission à l'emploi ou au travail; h) la protection de la maternité ». (*Article 4*)

La Convention précise en plus que « la législation nationale en matière de sécurité et de santé au travail doit s'appliquer au travail à domicile en tenant compte de ses caractéristiques propres et doit déterminer les conditions dans lesquelles certains types de travaux et l'utilisation de certaines substances peuvent, pour des raisons de sécurité et de santé, faire l'objet d'une interdiction aux fins du travail à domicile ». (*Article 7*)

Pour sa part, la Recommandation R184,⁶⁸⁵ qui la complète, contient une multitude de détails sur la façon dont les États pourraient atteindre cet objectif d'égalité de traitement allant des informations que les gouvernements devraient recueillir, tenir à jour et rendre

684. C'est donc ainsi que la Convention définit le *travail à domicile*, comme étant celui « qu'une personne - désignée comme travailleur à domicile - effectue: i) à son domicile ou dans d'autres locaux de son choix, autres que les locaux de travail de l'employeur; ii) moyennant rémunération; iii) en vue de la réalisation d'un produit ou d'un service répondant aux spécifications de l'employeur, quelle que soit la provenance de l'équipement, des matériaux ou des autres éléments utilisés à cette fin, à moins que cette personne ne dispose du degré d'autonomie et d'indépendance économique nécessaire pour être considérée comme travailleur indépendant en vertu de la législation nationale ou de décisions de justice ». (*Article 1*)

685. *Recommandation sur le travail domicile (R 184)*, adoptée le 20 juin 1996 (reproduite en annexe).

publiques jusqu'au contrôle du travail à domicile en passant par la rémunération, la santé et la sécurité au travail de même que la durée du travail, les congés et les vacances, la sécurité sociale, la protection de la maternité et la protection en cas de cessation d'emploi sans oublier le droit d'organisation et de négociation collective.

C) Les agences d'emploi privées

La Convention concernant les agences d'emploi privées, 1997 (C 181)⁶⁸⁶ est la plus récente des trois; adoptée le 19 juin 1997, elle est entrée en vigueur le 10 mai 2000. Elle révisé la convention sur les bureaux de placement payants (révisée), 1949, et la convention sur les bureaux de placement payants, 1933.

Dans le préambule de l'instrument, la Conférence, « consciente de l'importance de la flexibilité dans le fonctionnement des marchés du travail », reconnaît « le rôle que les agences d'emploi privées peuvent jouer dans le bon fonctionnement du marché du travail ».

Elle rappelle toutefois « la nécessité de protéger les travailleurs contre les abus » de même que « la nécessité de garantir la liberté syndicale et de promouvoir la négociation collective et le dialogue social, en tant qu'éléments indispensables des bonnes relations professionnelles ».⁶⁸⁷

686. Reproduite en annexe.

687. Aux fins de cette convention, l'expression *agence d'emploi privée* désigne : « toute personne physique ou morale, indépendante des autorités publiques, qui fournit un ou plusieurs des services suivants se rapportant au marché du travail: a) des services visant à rapprocher offres et demandes d'emploi, sans que l'agence d'emploi privée ne devienne partie aux relations de travail susceptibles d'en découler; b) des services consistant à employer des travailleurs dans le but de les mettre à la disposition d'une tierce personne physique ou morale (ci-après désignée comme « l'entreprise utilisatrice »), qui fixe leurs tâches et en supervise l'exécution; c) d'autres services ayant trait à la recherche d'emplois, qui seront déterminés par l'autorité compétente après consultation des organisations d'employeurs et de travailleurs les plus représentatives, tels que la fourniture d'informations, sans pour autant viser à rapprocher une offre et une demande spécifiques ». (*Article 1*)

Par cette Convention, l'O.I.T. n'entend pas empêcher les agences privées de placement de fonctionner mais a plutôt pour but de protéger les travailleurs qui ont recours à leurs services.

Pour les fins du mandat de ce Comité, les *agences de travail temporaire ou intérimaire*, constituent, au sens de cette convention, une *agence d'emploi privée*. En effet, la définition d'*agence d'emploi privée* couvre spécifiquement ce type d'activité, à savoir : « b) des services consistant à employer des travailleurs dans le but de les mettre à la disposition d'une tierce personne physique ou morale (ci-après désignée comme « l'entreprise utilisatrice »), qui fixe leurs tâches et en supervise l'exécution ». (*Article 1*)

En fait, ce que la Convention propose, c'est un encadrement pratiquement complet des activités de ces agences, ce qui, on en conviendra, dépasse largement le mandat du présent Comité. En effet, bien au-delà des mesures de protection sociale au sens où on l'entend dans le cadre du mandat de ce Comité, la Convention C 181 aborde des questions aussi diversifiées que la protection des données personnelles, le statut juridique des agences d'emploi privées, les conditions d'exercice par les agences d'emploi privées de leurs activités, le droit à la liberté syndicale et à la négociation collective, l'absence de discrimination fondée sur la race, la couleur, le sexe, la religion, l'opinion politique, l'ascendance nationale, l'origine sociale ou toute autre forme de discrimination visée par la législation et la pratique nationales, telle que l'âge ou le handicap.

Toutefois, s'agissant de protection sociale au sens du mandat de ce Comité, on peut rappeler les dispositions suivantes de la Convention qui les touchent directement ou indirectement.

D'abord, selon la Convention, il est interdit de « mettre à la charge des travailleurs, de manière directe ou indirecte, en totalité ou en partie, ni honoraires ni autres frais ». (*Article 7*)

Et de façon plus spécifique, dans le cas des agences de travail temporaire, la Convention aborde la question du partage des responsabilités en certaines matières entre l'agence et l'entreprise utilisatrice. Selon la Convention, un État membre se doit de déterminer et répartir les responsabilités respectives des agences d'emploi privées fournissant une main-d'œuvre temporaire et des entreprises utilisatrices dans certains domaines qu'elle énumère : « a) négociation collective; b) salaires minima; c) horaires, durée du travail et autres conditions de travail; d) prestations légales de sécurité sociale; e) accès à la formation; f) protection dans le domaine de la sécurité et de la santé au travail; g) réparation en cas d'accident du travail ou de maladie professionnelle; h) indemnisation en cas d'insolvabilité et protection des créances des travailleurs; i) protection et prestations de maternité, protection et prestations parentales ». (*Article 12*)

Autrement dit, il doit être précisé de qui relève la responsabilité en ces matières, par exemple : quel est l'employeur véritable, quelles sont les conditions de travail applicables : celles de l'agence ou celles en vigueur chez l'entreprise utilisatrice, qui est l'employeur pour fins de négociation collective, etc.

La Recommandation R 188 sur les agences d'emploi privées⁶⁸⁸ vient compléter cette Convention précisant que des organes tripartites ou des organisations d'employeurs et de travailleurs devraient être associés, autant que possible, lors de l'élaboration et de l'application des dispositions visant à donner effet à la convention, que la législation nationale applicable aux agences d'emploi privées devrait être complétée par des normes techniques, des directives, des codes de déontologie, des procédures d'autodiscipline ou d'autres moyens conformes à la pratique nationale.

En plus des dispositions visant toutes les agences privées de placement, la Recommandation prévoit que les travailleurs employés par les agences d'emploi temporaire devraient avoir un contrat de travail écrit précisant leurs conditions d'emploi. Et, au minimum, ces travailleurs devraient être informés de leurs conditions d'emploi avant le début effectif de leur mission.

688. *Recommandation sur les agences d'emploi privées (R 188)*, adoptée le 19 juin 1997.

La Recommandation apporte aussi des précisions sur l'accès à des emplois réguliers dans l'entreprise utilisatrice ainsi que sur la mobilité des travailleurs employés par des agences de travail temporaire. À cet égard, la Recommandation prévoit qu'à la fin d'un contrat, l'agence d'emploi ne devrait pas « a) empêcher l'entreprise utilisatrice de recruter le salarié mis à sa disposition; b) limiter la mobilité professionnelle du salarié; c) infliger des sanctions à un salarié qui accepte de travailler pour une autre entreprise ».

D) L'emploi indépendant

Lors de sa 77^e session tenue en juin 1990, la Conférence internationale du travail avait inscrit à l'ordre du jour la question de la promotion de l'emploi indépendant.

Dans le rapport soumis à la discussion des délégués, l'emploi indépendant est ainsi défini :

« Les travailleurs indépendants – définis ici comme étant des travailleurs à compte propre ou des employeurs qui possèdent et exploitent une entreprise non constituée en société – créent de l'emploi pour eux-mêmes et pour d'autres, ces derniers pouvant être des salariés réguliers ou occasionnels, des travailleurs familiaux non rémunérés ou des apprentis ». ⁶⁸⁹

689. Conférence internationale du travail, 77^e session 1990, *Rapport VII Promotion de l'emploi indépendant*, Bureau international du travail, Genève, 129 pages, à la page 1.

Puis le document ajoute :

« Au mieux, l'emploi indépendant peut donner au travailleur une autonomie appréciable, l'occasion de se réaliser, et une rémunération proportionnée aux efforts physiques ou mentaux qu'il aura déployés, aux risques qu'il aura pris et à l'épargne qu'il aura investie. Au pire, cet emploi ne sera qu'un moyen de survivre en marge de la société. Si l'emploi indépendant suscite aujourd'hui autant d'intérêt, c'est que nous vivons une époque où, dans la plupart des pays, l'État et les grandes entreprises ne sont pas à même d'offrir assez d'emplois convenablement rémunérés. L'OIT, quant à elle, se demandera si l'emploi indépendant correspond à un libre choix du travailleur ». ⁶⁹⁰

Malgré qu'il mentionne quelques exemples à travers le monde, le document souligne que rares sont les syndicats qui accueillent les travailleurs indépendants, ces derniers étant particulièrement difficiles à organiser.

L'OIT rappelle cependant que plusieurs instruments se rapportent plus ou moins directement au travail indépendant. ⁶⁹¹

Le Rapport VII ne manque pas de rappeler en particulier que la Convention n° 87 sur la liberté syndicale prévoit le droit pour les « travailleurs ⁶⁹² et les employeurs » de constituer des organisations de leur choix et celui de s'affilier à de telles organisations « sans distinction d'aucune sorte ».

690. *Ibidem.*

691. Notamment les Conventions ou Recommandations portant sur la liberté syndicale (C-87 et C-141), l'égalité des chances (C-111), l'abolition du travail forcé (C-29, C-105 et R-35), la politique de l'emploi (C-122 et R-122), la sécurité sociale (R-67, C-102, C-128, R-121 et C-157), la santé et sécurité au travail (C-155, R-164, C-162, R-172, C-167, R-175, C-161 et R-171) ainsi que quelques autres.

692. À noter l'utilisation du terme « travailleurs » et non celui de « salariés ».

Dans ce même rapport, l'OIT se donne quelques objectifs appelant une intervention de sa part : a) la promotion de politiques générales favorisant l'emploi indépendant productif, b) l'aide à la formulation et à la mise au point de mesures, de programmes et de projets destinés à promouvoir l'emploi indépendant productif et librement choisi,⁶⁹³ c) l'aide à la formulation et à la mise au point de mesures et de programmes destinés à offrir une protection sociale minimale aux travailleurs indépendants et aux autres groupes de travailleurs non protégés (ou insuffisamment protégés), d) le renforcement des organisations légitimes et indépendantes qui défendent les intérêts des travailleurs indépendants.⁶⁹⁴

En matière de protection sociale en particulier, le rapport fait état du fait que :

« Le moment est venu pour le BIT d'examiner la loi et la pratique des divers pays touchant l'application comparée des normes et règlements du travail aux indépendants, aux pseudo-indépendants,⁶⁹⁵ aux salariés du secteur indépendant et aux salariés du secteur structuré ». ⁶⁹⁶

C'est sans doute dans cette perspective qu'il y a lieu de situer la réflexion amorcée sur le champ de la relation d'emploi.

693. Notre soulignement.

694. *Rapport VII, op. cit.*, pages 96 et 97.

695. Notre soulignement.

696. *Id.*, page 102.

E) Le champ de la relation d'emploi

Depuis longtemps, mais de façon plus accentuée et plus suivie depuis 1997, l'O.I.T. se préoccupe de la situation des travailleurs dépendants qui ne bénéficient pas de l'application de la législation du travail en raison de leur statut déguisé ou ambigu. Selon les documents de l'O.I.T., il s'agit là d'un « problème de portée mondiale et qui se situe au cœur du droit du travail car l'efficacité de la législation du travail, nationale et internationale, en dépend ». ⁶⁹⁷

Toujours selon l'O.I.T., « ce problème porte préjudice aux travailleurs concernés mais il est aussi susceptible de nuire à la position des entreprises, de compromettre la paix sociale et de faire tort à la santé et à la sécurité de la population ».

C'est toute la question des faux travailleurs indépendants qui est abordée et qui a pour effet que de nombreux travailleurs se retrouvent en dehors du champ d'application du droit du travail même si la relation qu'ils entretiennent avec celui qui fournit le travail « est en tout point semblable à une relation de travail, à l'exception du fait qu'on tend à la présenter sous une forme juridique distincte du contrat de travail typique ».

Le document observe que « les insuffisances de la législation favorisent le développement de relations de travail objectivement ambiguës. » De plus, « les répercussions de ce phénomène pour les travailleurs concernés sont considérables. Non seulement ils sont privés des droits consacrés par la législation du travail, mais en outre l'inspection de leurs conditions de travail est malaisée et leur accès aux tribunaux du travail est compromis, ce qui constitue une discrimination par rapport à d'autres travailleurs. Dans de nombreux pays, ils sont également privés de la protection de la sécurité sociale ou ils n'en bénéficient que dans des conditions moins favorables que les

697. B.I.T., Conseil d'administration, 280^e session, mars 2001, Deuxième question à l'ordre du jour, GB280-2001-02-0287-01-fFR.doc/v.3

travailleurs reconnus comme salariés. La situation des femmes qui travaillent dans ces conditions est encore plus précaire ».

L'O.I.T. est également d'avis que « les effets négatifs de l'absence de protection des travailleurs peuvent toucher également les employeurs eux-mêmes. En effet, l'absence de protection décourage la productivité et fausse la concurrence entre employeurs tant à l'intérieur d'un pays ou d'un secteur que sur le plan international, souvent au préjudice de l'employeur respectueux de la législation. Le manque de sécurité juridique créé par le caractère vague de la législation est susceptible de donner lieu à des décisions judiciaires de requalification de travailleurs, ayant des conséquences économiques considérables et inattendues pour l'entreprise ».

Les experts⁶⁹⁸ en sont venus à la conclusion que l'O.I.T. devrait jouer un rôle actif pour l'élaboration de politiques visant un recentrage de la législation du travail de façon à assurer qu'elle couvre les travailleurs qui ont besoin de protection.

À cette fin, le Conseil d'administration du Bureau international du Travail a décidé d'inscrire ce point, pour discussion générale, à l'ordre du jour de la 91^e session de la Conférence internationale du travail, qui aura lieu en juin 2003.

C'est donc dire l'importance de cette question qui est aussi au cœur du mandat du présent Comité d'experts.

698. *Réunion d'experts sur les travailleurs se trouvant dans des situations où ils ont besoin de protection (Le champ de la relation d'emploi)*, Document technique de base, Genève, 15-19 mai 2000, (MEWNP/2000) et Rapport sur la discussion, annexé au document, GB.279/2. Note : participait à ce Comité d'experts du B.I.T., à titre d'expert gouvernemental canadien, M. Gaston Nadeau, juriste au ministère du Travail du Québec et ci-devant secrétaire du présent Comité chargé de se pencher sur les besoins de protection sociale des personnes en situation de travail non traditionnelle.

II- LE DROIT COMMUNAUTAIRE EUROPÉEN

Les partenaires au sein de la Communauté européenne, aussi bien au niveau des États membres qu'à celui des grandes organisations représentatives des employeurs et des travailleurs au plan européen, ont commencé très tôt à se préoccuper du rôle et de la place du travail atypique dans le fonctionnement du marché du travail et à s'interroger sur le degré de protection sociale minimale qu'il convient d'accorder aux salariés qui oeuvrent dans des situations de travail non traditionnelles.

La poursuite de consultations des acteurs sociaux aura permis à ces derniers de conclure, dans la plupart des cas, des accords qui constitueront la base de la réglementation communautaire en cette matière. C'est ainsi que les partenaires disposent maintenant d'instruments juridiques qui servent de base à l'élaboration ou à la mise à jour des législations nationales sur le travail salarié atypique.

Il existe ainsi des directives du Conseil et du Parlement sur la santé et la sécurité du travail (1991), sur le travail à temps partiel (1997) et sur les contrats à durée déterminée (1999) qui sont maintenant en vigueur et une proposition de Directive de la Commission sur le travail intérimaire, adoptée le 20 mars 2002 qui sera débattue en première lecture au Parlement européen le 7 novembre 2002.⁶⁹⁹

Les trois premières résultent d'accords intervenus entre les organisations patronales et syndicales au niveau européen et ont pour objet de rendre ces accords obligatoires par voie législative dans tous les États membres. La quatrième, sur le travail intérimaire, résulte du droit d'initiative dont dispose la Commission européenne, suite à l'échec des négociations entreprises sur cette question par les partenaires sociaux en mai 2000.

Néanmoins, ces textes sont tous les quatre inspirés du même principe : celui de la non-discrimination dans les conditions de travail entre les salariés visés par la directive (temps partiel, contrats à durée déterminée ou travail intérimaire) et ceux qui occupent un emploi comparable (identique ou similaire) soit dans l'entreprise qui les emploie (temps partiel, contrats à durée déterminée), soit dans l'entreprise utilisatrice (travail intérimaire). Les salariés visés ont donc droit aux mêmes conditions de travail que les salariés à contrat à durée indéterminée («réguliers » ou permanents) de l'entreprise au *pro rata temporis* lorsque approprié (ex. congés, vacances, etc.).

699. La prise de décision au niveau de l'Union européenne est le résultat des interactions entre plusieurs acteurs, dont principalement le « triangle institutionnel » formé par le Parlement européen, le Conseil de l'Union européenne et la Commission européenne. Élu tous les 5 ans au suffrage universel direct, le Parlement européen compte 626 députés et partage, entre autres fonctions, avec le Conseil la fonction législative, c'est-à-dire l'adoption des lois européennes (directives, règlements, décisions). Le Conseil, pour sa part, est formé par un représentant de chaque État membre au niveau ministériel, habilité à engager son gouvernement. Il constitue la principale instance de décision de l'Union européenne et assume plusieurs fonctions essentielles. Entre autres, il est l'organe législatif de l'Union, pour un large éventail de compétences communautaires, il exerce ce pouvoir législatif en codécision avec le Parlement européen. Composée d'un collège de 20 membres choisis en raison de leur compétence générale et présentant toutes les garanties d'indépendance, la Commission est le moteur du système institutionnel communautaire. C'est elle qui est détentrice du droit d'initiative législative, elle propose les textes de loi qui sont soumis au Parlement et au Conseil. Le dialogue social jouant un rôle important à l'échelle européenne, les accords intervenus entre les partenaires sociaux servent de base aux textes que la Commission propose. Instance exécutive, la Commission assure également l'exécution des lois européennes (directives, règlements, décisions), du budget et des programmes adoptés par le Parlement et le Conseil. Voir <http://www.europa.eu.int/inst-fr.htm#1>.

De plus, l'entreprise doit offrir à ces personnes le même accès que les autres travailleurs de l'entreprise à des emplois réguliers ou permanents et de bonne qualité de même que l'accès à la formation en cours d'emploi.

Toute clause d'un contrat entre une agence de travail temporaire et une entreprise utilisatrice ayant pour objet d'interdire à cette dernière d'offrir un contrat à durée indéterminée à un salarié intérimaire est nulle. De plus, les honoraires de l'agence ne doivent pas être à la charge du salarié.

Il convient d'examiner plus en détail chacun des quatre instruments ci-haut mentionnés en regard du mandat du présent Comité, à savoir le besoin de protection sociale entendu au sens large.

A) La santé et la sécurité du travail et la relation de travail à durée déterminée

Dès 1991, une Directive,⁷⁰⁰ adoptée par le Conseil, porte sur la santé et la sécurité du travail et vise les relations de travail régies par un contrat de travail à durée déterminée (conclu directement entre l'employeur et le travailleur) ainsi que les relations de travail intérimaires entre une entreprise de travail intérimaire (l'employeur) et le travailleur.

La Directive précise que les travailleurs concernés doivent bénéficier en matière de sécurité et de santé au travail du même niveau de protection que les autres travailleurs de l'entreprise. Toujours en vigueur, cette Directive prévoit qu'une relation de travail à durée déterminée conclue directement avec un employeur ou avec une agence de travail intérimaire ne justifie pas une différence de traitement en ce qui concerne les relations de travail, dans la mesure où il s'agit de la protection de la sécurité et de la santé au travail, notamment quant à l'accès aux équipements de protection individuelle.

700. *Directive 91/383/CEE – JO L n°206/19- 29.7.91.*

La Directive aborde aussi les questions relatives à l'information et à la formation qui doivent être données aux travailleurs concernés de même que de l'interdiction de faire appel à des travailleurs temporaires pour les travaux pour lesquels un titulaire doit ensuite faire l'objet d'une surveillance médicale spéciale sur une longue durée. En cas d'exception, la surveillance médicale va au-delà de l'expiration du contrat de travail temporaire. De plus, l'instrument prévoit que les États membres peuvent interdire qu'il soit fait appel à des travailleurs sous contrat à durée déterminée ou temporaires pour certains travaux particulièrement dangereux, et notamment pour certains travaux faisant l'objet d'une surveillance médicale spéciale.

La Directive spécifie aussi que, dans le cas du travail intérimaire, l'entreprise utilisatrice est responsable des conditions d'exécution du travail liées à la sécurité, la santé et l'hygiène pendant la durée de la mission, sans préjudice de la responsabilité de l'entreprise de travail intérimaire.

B) Le travail à temps partiel

Les dispositions relatives au travail à temps partiel sont contenues dans une Directive du Conseil de l'Union européenne de 1997⁷⁰¹ qui a pour objet de « mettre en œuvre l'accord-cadre sur le travail à temps partiel conclu le 6 juin 1997 entre les organisations interprofessionnelles à vocation générale (UNICE, CEEP et CES) ». ⁷⁰² (*Article premier de la Directive*)

701. Directive 97/81/CE du Conseil du 15 décembre 1997 concernant l'accord-cadre sur le travail à temps partiel conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES - Annexe : Accord-cadre sur le travail à temps partiel, Journal officiel n° L 014 du 20/01/1998 p. 0009 - 0014, CONSLEG - 97L0081 - 05/05/1998 - 13 p., modifié par 398L0023 (JO L 131 05.05.1998 p.10) (reproduite en annexe).

702. Union des confédérations de l'industrie et des employeurs d'Europe (UNICE), Centre européen de l'entreprise publique (CEEP) et Confédération européenne des syndicats (CES).

Quant à l'accord-cadre lui-même, il poursuit essentiellement deux objectifs inscrits dans son préambule : éliminer les discriminations à l'endroit des travailleurs à temps partiel et contribuer au développement du travail à temps partiel dans des conditions acceptables pour les employeurs et pour les salariés.

Loin de s'opposer au développement du travail à temps partiel, les parties signataires de l'accord en reconnaissent l'importance et la signification dans la société d'aujourd'hui; on en trouve l'expression dans les considérations générales qui précèdent les règles de fond.⁷⁰³

Quant à l'objet même de l'accord, il est double et est ainsi défini :

- « a) d'assurer la suppression des discriminations à l'égard des travailleurs à temps partiel et d'améliorer la qualité du travail à temps partiel;
- b) de faciliter le développement du travail à temps partiel sur une base volontaire et de contribuer à l'organisation flexible du temps de travail d'une manière qui tienne compte des besoins des employeurs et des travailleurs ». (*Clause 1*)

703. « (...) 5. considérant que les parties au présent accord attachent de l'importance aux mesures qui faciliteraient l'accès au travail à temps partiel pour les hommes et les femmes en vue de préparer la retraite, de concilier la vie professionnelle et la vie familiale et de profiter des possibilités d'éducation et de formation pour améliorer leurs compétences et leur progression professionnelle, dans l'intérêt mutuel des employeurs et des travailleurs et d'une manière qui favorise le développement des entreprises ».

Par ailleurs le travailleur à temps partiel et le travailleur à temps plein sont définis de façon plus précise que dans la Convention de l'O.I.T. pertinente au même objet mais elle n'a rien d'inhabituel.⁷⁰⁴

Finalement, le double objet de l'accord et, partant de la Directive, demeure le principe de l'égalité de traitement entre travailleurs à temps partiel et travailleurs à temps complet, d'une part, et l'accès au temps partiel dans des conditions acceptables, d'autre part, étant entendu que les modalités d'application sont définies par chacun des États membres ou par les partenaires sociaux.

Sur la question de l'égalité de traitement, la directive réaffirme on ne peut plus clairement le principe de non-discrimination :

« 1. Pour ce qui concerne les conditions d'emploi, les travailleurs à temps partiel ne sont pas traités d'une manière moins favorable que les travailleurs à temps plein comparables au seul motif qu'ils travaillent à temps partiel, à moins qu'un traitement différent soit justifié par des raisons objectives.

2. Lorsque c'est approprié, le principe du *pro rata temporis* s'applique ».
(Article 4)

704. « (...) 1) « travailleur à temps partiel » : un salarié dont la durée normale de travail, calculée sur une base hebdomadaire ou en moyenne sur une période d'emploi pouvant aller jusqu'à un an, est inférieure à celle d'un travailleur à temps plein comparable; 2) «travailleur à temps plein comparable » : un salarié à temps plein du même établissement ayant le même type de contrat ou de relation de travail et un travail/emploi identique ou similaire, en tenant compte d'autres considérations pouvant inclure l'ancienneté et les qualifications/compétences ».

La Directive aborde aussi la question, souvent délicate, de la subordination de l'accès à certains avantages à des critères d'ancienneté, de durée du travail ou autre. Sur ce point, la Directive laisse le soin aux États membres «après consultation des partenaires sociaux conformément à la législation, aux conventions collectives ou pratiques nationales » et/ou aux partenaires sociaux de les déterminer, lorsque des raisons objectives le justifient. Toutefois, ces critères d'accès des travailleurs à temps partiel à des conditions de travail particulières doivent être réexaminés périodiquement à la lumière du principe de non-discrimination.⁷⁰⁵

On notera que, si l'accord prévoit que l'accès au temps partiel doit être facilité aux travailleurs qui désirent s'en prévaloir, il stipule également qu'on ne saurait imposer à un travailleur, contre sa volonté, un changement de statut d'emploi de travailleur à temps complet vers un statut de travailleur à temps partiel ou vice-versa. Le refus du travailleur, en pareil cas, ne saurait constituer un motif valable de licenciement. (*Clause 5*) (En contexte nord-américain, certains diraient sans doute plutôt un motif de congédiement.)

C) Le travail à durée déterminée

Deux ans plus tard, soit en 1999, le Conseil de l'Union européenne adoptait une nouvelle Directive⁷⁰⁶ portant cette fois sur le travail à durée déterminée, laquelle se situe tout à fait dans la suite des travaux qui avaient conduit à la précédente directive sur le travail à temps partiel.

705. « (...) 4. Lorsque des raisons objectives le justifient, les États membres, après consultation des partenaires sociaux conformément à la législation, aux conventions collectives ou pratiques nationales, et/ou les partenaires sociaux peuvent, le cas échéant, subordonner l'accès à des conditions d'emploi particulières à une période d'ancienneté, une durée de travail ou des conditions de salaire. Les critères d'accès des travailleurs à temps partiel à des conditions d'emploi particulières devraient être réexaminés périodiquement compte tenu du principe de non-discrimination visé à la clause 4.1 ».

706. *Directive 1999/70/CE du Conseil du 28 juin 1999 concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée*, Journal officiel n° L 175 du 10/07/1999 p. 0043 – 004 (reproduite en annexe).

Cette directive vise à mettre en œuvre l'accord-cadre sur le travail à durée déterminée conclu le 18 mars 1999 entre les organisations interprofessionnelles au niveau européen.
(Article premier)

Les parties signataires de l'accord poursuivaient un double objectif repris dans les considérations générales : appliquer aux contrats à durée déterminée le principe de non-discrimination, comme elles l'avaient fait pour le travail à temps partiel et prévenir les abus dans le recours aux contrats à durée déterminée.⁷⁰⁷ Notons que cet accord s'applique aux travailleurs à contrat à durée déterminée, à l'exception de ceux qui sont mis à la disposition d'une entreprise utilisatrice par une agence de travail intérimaire. En effet, les parties en excluant les salariés d'agence avaient exprimé l'intention de considérer la nécessité d'un accord similaire relatif au travail intérimaire.

De plus, les États membres, après consultation des partenaires sociaux, peuvent prévoir que cet accord ne s'applique pas aux relations de formation professionnelle initiale et d'apprentissage ainsi qu'aux contrats ou relations de travail conclus dans le cadre d'un programme de formation, insertion et reconversion professionnelles public spécifique ou soutenu par les pouvoirs publics.

Dans le préambule, les parties reconnaissent, encore une fois, que les contrats à durée déterminée ont leur place dans le régime de relations du travail et qu'ils «répondent en certaines circonstances » à la fois aux besoins des employeurs et à ceux des travailleurs même si le régime commun demeure celui du contrat à durée indéterminée.

La lecture des considérations générales qui précèdent les dispositions de fond montre bien comment les parties entendent concilier les exigences de la souplesse nécessaire aux

707. « (...) (14) les parties signataires ont souhaité conclure un accord-cadre sur le travail à durée déterminée énonçant les principes généraux et prescriptions minimales relatifs aux contrats et aux relations de travail à durée déterminée; elles ont manifesté leur volonté d'améliorer la qualité du travail à durée déterminée en garantissant l'application du principe de non-discrimination et d'établir un cadre pour prévenir les abus découlant de l'utilisation de relations de travail ou de contrats à durée déterminée successifs ».

entreprises pour qu'elles demeurent compétitives avec la nécessité de prévenir les abus auxquels peut conduire le recours intensif aux contrats à durée déterminée.⁷⁰⁸

Quant à l'objet lui-même de l'accord, il est proposé ainsi :

- « a) d'améliorer la qualité du travail à durée déterminée en assurant le respect du principe de non-discrimination;
- b) d'établir un cadre pour prévenir les abus résultant de l'utilisation de contrats ou de relations de travail à durée déterminée successifs ».

Sur le principe de la non-discrimination, l'accord reprend pratiquement les mêmes termes que ceux utilisés dans le précédent sur le travail à temps partiel, à savoir : « les travailleurs à durée déterminée ne sont pas traités d'une manière moins favorable que les travailleurs à durée indéterminée⁷⁰⁹ comparables au seul motif qu'ils travaillent à durée

708. Voir, par exemple, les « Considérations générales » suivantes : « (...) 5. considérant que, dans les conclusions du sommet extraordinaire sur l'emploi adoptées à Luxembourg, le Conseil européen a invité les partenaires sociaux à négocier des accords «visant à moderniser l'organisation du travail, y compris les formules souples de travail, afin de rendre les entreprises productives et compétitives et d'atteindre l'équilibre nécessaire entre souplesse et sécurité »; 6. considérant que les contrats de travail à durée indéterminée sont la forme générale de relations de travail et contribuent à la qualité de vie des travailleurs concernés et à l'amélioration de la performance; 7. considérant que l'utilisation des contrats de travail à durée déterminée basée sur des raisons objectives est un moyen de prévenir les abus; 8. considérant que les contrats de travail à durée déterminée sont une caractéristique de l'emploi dans certains secteurs, occupations et activités qui peuvent convenir à la fois aux travailleurs et aux employeurs; 9. considérant que plus de la moitié des personnes travaillant à durée déterminée dans l'Union européenne sont des femmes et que le présent accord peut dès lors contribuer à améliorer l'égalité des chances entre les femmes et les hommes ».

709. « Définitions (*clause 3*) Aux termes du présent accord, on entend par: 1. « travailleur à durée déterminée », une personne ayant un contrat ou une relation de travail à durée déterminée conclu directement entre l'employeur et le travailleur où la fin du contrat ou de la relation de travail est déterminée par des conditions objectives telles que l'atteinte d'une date précise, l'achèvement d'une tâche déterminée ou la survenance d'un événement déterminé; 2. « travailleur à durée indéterminée comparable », un travailleur ayant un contrat ou une relation de travail à durée indéterminée dans le même établissement, et ayant un travail/emploi identique ou similaire, en tenant compte des qualifications/compétences. Lorsqu'il n'existe aucun travailleur à durée indéterminée comparable dans le même établissement, la comparaison s'effectue par référence à la convention collective applicable ou, en l'absence de convention collective applicable, conformément à la législation, aux conventions collectives ou aux pratiques nationales ».

déterminée, à moins qu'un traitement différent soit justifié par des raisons objectives ». (*Clause 4*) Également, le principe du *pro rata temporis* s'applique lorsque c'est approprié. Toutefois, dans ce cas-ci et contrairement à la Directive sur le temps partiel, lorsque l'accès à certaines conditions de travail est assujéti à des périodes de service continu, les critères doivent être les mêmes pour les travailleurs à durée déterminée que pour les travailleurs à durée indéterminée.⁷¹⁰

Par contre, les mesures visant à encadrer l'utilisation de contrats ou de relations de travail à durée déterminée successifs et à prévenir les abus sont beaucoup plus précises et contraignantes. En effet, les États membres s'engagent à introduire, après consultation des partenaires sociaux, conformément à la législation, aux conventions collectives et pratiques nationales, une ou plusieurs des mesures suivantes :

« (1) Mesures visant à prévenir l'utilisation abusive (*clause 5*)(...)

- a) des raisons objectives justifiant le renouvellement de tels contrats ou relations de travail;
- b) la durée maximale totale de contrats ou relations de travail à durée déterminée successifs;
- c) le nombre de renouvellements de tels contrats ou relations de travail.

(2) Les États membres, après consultation des partenaires sociaux et/ou les partenaires sociaux, lorsque c'est approprié, déterminent sous quelles conditions les contrats ou relations de travail à durée déterminée :

- a) sont considérés comme « successifs »;
- b) sont réputés conclus pour une durée indéterminée ».

710. « (...) 4. Les critères de périodes d'ancienneté relatifs à des conditions particulières d'emploi sont les mêmes pour les travailleurs à durée déterminée que pour les travailleurs à durée indéterminée, sauf lorsque des critères de périodes d'ancienneté différents sont justifiés par des raisons objectives ». (*Clause 4*)

Enfin, la Directive énonce un certain nombre de mesures visant à favoriser l'accès des travailleurs à durée déterminée à des postes permanents et à des occasions de formation. À cet égard les employeurs doivent informer, d'une manière appropriée, «les travailleurs à durée déterminée des postes vacants dans l'entreprise ou l'établissement pour leur assurer la même opportunité qu'aux autres travailleurs d'obtenir des postes permanents ». Ils devraient aussi, « autant que possible, faciliter l'accès des travailleurs à durée déterminée à des opportunités de formation appropriées afin d'améliorer leurs compétences professionnelles, le développement de leur carrière et leur mobilité professionnelle ». (*Clause 6*)

D) Le travail intérimaire

Pour ce qui est du travail intérimaire, la Commission européenne a adopté en mars 2002 une proposition de Directive⁷¹¹ qui est soumise pour adoption finale par le Conseil et le Parlement.

Elle ne lie donc pas encore les États membres mais traduit une orientation et une volonté de mieux encadrer ce type d'activité et de prévenir les abus auxquels il peut donner lieu. D'ailleurs, comme il sera expliqué plus loin, certains États membres de l'Union n'ont pas attendu la mise en vigueur de cette proposition de Directive pour intervenir dans ce secteur.

711. *Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil relative aux conditions de travail des travailleurs intérimaires (présentée par la Commission)*, Commission des Communautés Européenne, Bruxelles, le 20.3.2002, COM(2002) 149 final, 2002/0072 (COD) (reproduite en annexe).

Les procédures en vue de l'adoption et de la mise en vigueur de cette Directive sont sur la bonne voie. En effet, dès le 22 avril 2002, la proposition a été soumise au Comité économique et social⁷¹² qui a rendu son avis le 19 septembre⁷¹³ et les discussions ont été entamées au Conseil. Au Parlement européen, la Commission emploi, chef de file, doit rendre son avis le 21 octobre et le Parlement doit donner son avis en assemblée plénière, en première lecture, le 7 novembre.

Dans les « Considérant » précédant le texte de la position de Directive, la Commission reconnaît le rôle et l'importance du travail intérimaire dans l'économie à la fois pour répondre aux besoins de flexibilité des entreprises, pour faciliter la conciliation entre la vie privée et la vie de travail tout en facilitant également la participation et l'insertion sur le marché du travail.

En plus du droit à l'information et à la formation pour les travailleurs intérimaires, la Directive poursuit deux grands objectifs, soit la détermination des conditions de travail applicables dans un contexte de non-discrimination et l'accès à des emplois permanents.⁷¹⁴ De ce point de vue, on observera, que les objectifs poursuivis ne diffèrent guère de ceux des Directives précédentes et que les moyens d'y parvenir montrent quelques similitudes.

712. Le Comité économique et social européen (CES) est un organe consultatif assurant la représentation des différentes catégories de la vie économique et sociale (employeurs, syndicats, agriculteurs, consommateurs, etc.) dans le cadre institutionnel de l'Union européenne. Voir : <http://www.europa.eu.int/inst-fr.htm#1>.

713. *Avis du Comité économique et social sur la « Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux conditions de travail des travailleurs intérimaires »* (COM(2002) 149 final – 2002/0072 COD)

714. « La présente directive a pour objet : 1. d'améliorer la qualité du travail intérimaire en assurant le respect du principe de non-discrimination à l'égard des travailleurs intérimaires; 2. d'établir un cadre approprié d'utilisation du travail intérimaire pour contribuer à un bon fonctionnement du marché du travail et à l'emploi ». (*Article 2*)

Elle ne laisse pas de doute non plus quant à la détermination de l'employeur véritable :

« La présente directive s'applique au contrat de travail ou à la relation de travail entre, d'une part, une entreprise de travail intérimaire qui est l'employeur et, d'autre part, le travailleur, ce dernier étant mis à disposition afin de travailler pour une entreprise utilisatrice et sous son contrôle ». ⁷¹⁵ (*Article premier*)

Quant à l'objet même de la proposition de Directive, il est double :

- (1) d'améliorer la qualité du travail intérimaire en assurant le respect du principe de non-discrimination à l'égard des travailleurs intérimaires;
 - (2) d'établir un cadre approprié d'utilisation du travail intérimaire pour contribuer à un bon fonctionnement du marché du travail et à l'emploi.
- (*Article 2*)

Sur le principe de la non-discrimination selon le statut d'emploi et du *pro rata temporis*, la proposition de Directive s'exprime à peu près dans les mêmes termes que les précédentes sur le temps partiel et le contrat à durée déterminée, l'objectif poursuivi étant essentiellement le même.

715. Notre soulignement.

«Les travailleurs intérimaires sont traités, pendant la durée de leur mission, d'une manière au moins aussi favorable qu'un travailleur comparable⁷¹⁶ de l'entreprise utilisatrice, pour ce qui concerne les conditions essentielles de travail et d'emploi, y compris celles qui sont soumises à une ancienneté particulière dans l'emploi, à moins qu'un traitement différent soit justifié par des raisons objectives ». (*Article 5, paragr. 1*) De plus, les États membres peuvent déroger à ce principe lorsque les travailleurs intérimaires, liés à l'entreprise de travail intérimaire par un contrat à durée indéterminée, continuent à être rémunérés dans l'intervalle de temps entre l'exécution de deux missions. (*paragr. 2*)

716. Définition. 1. Aux fins de la présente directive, on entend par : a) « travailleur » : toute personne qui, dans l'État membre concerné, est protégée en tant que travailleur dans le cadre de la législation nationale sur l'emploi et conformément aux pratiques nationales ; b) «travailleur comparable » : le travailleur de l'entreprise utilisatrice occupant un poste identique ou similaire à celui occupé par le travailleur mis à disposition par l'entreprise de travail intérimaire en tenant compte de l'ancienneté et des qualifications et compétences; c) « mission » : la période pendant laquelle le travailleur intérimaire est mis à disposition auprès de l'entreprise utilisatrice; d) « conditions essentielles de travail et d'emploi » : les conditions de travail et d'emploi relatives : i) à la durée du travail, aux périodes de repos, au travail de nuit, aux congés payés, aux jours fériés; ii) à la rémunération; iii) au travail des femmes enceintes et allaitantes, des enfants et des jeunes et; iv) aux dispositions prises en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. (*Article 3*)

Enfin, la Directive fait place à une possibilité de dérogation au principe de non-discrimination par voie de convention collective « à condition qu'un niveau de protection adéquat soit assuré aux travailleurs intérimaires ». ⁷¹⁷ (*paragr. 3*)

717. Subsiste toujours, avant l'adoption définitive, quelques éléments de désaccord entre les partenaires. D'abord, le fait que la proposition ait comme objet de « d'établir un cadre approprié d'utilisation du travail intérimaire pour contribuer à un bon fonctionnement du marché du travail et à l'emploi » constitue un élément de désaccord, certains craignant que la poursuite de cet objectif conduise à faire primer le développement du secteur de l'intérim sur la protection des travailleurs. On observe un désaccord également au sujet de la portée du principe de non-discrimination eu égard aux missions de courte durée. En effet, dans sa rédaction actuelle, la proposition de Directive exclut du champ d'application du principe de non-discrimination les missions de moins de six semaines. En pratique, cette disposition aurait pour effet d'exclure une part très importante si ce n'est la majorité des salariés d'agence du champ d'application de la non-discrimination. En effet, la proposition dans son état actuel prévoit que : « (...) 4. Sans préjudice des dispositions des paragraphes 2 et 3 ci-dessus, les États membres peuvent prévoir que le paragraphe 1 ne s'applique pas, lorsqu'un travailleur intérimaire travaille, à l'occasion d'une mission ou d'une série de missions, au sein de la même entreprise utilisatrice, dans un emploi qui, compte tenu de sa durée ou sa nature, peut être réalisé dans une période qui ne peut excéder six semaines. Les États membres prennent les mesures nécessaires, en vue d'éviter le recours abusif à l'application de ce paragraphe ». (*Article 5*) Sur ce point, dans son Avis du 19 septembre 2002, le Comité économique et social « approuve le principe de non-discrimination qui respecte les normes relatives aux droits humains fondamentaux » et reconnaît « qu'il est important pour atteindre l'objectif d'une meilleure protection des travailleurs intérimaires de fixer ce principe général ». « Cependant, le Comité regrette que les dérogations prévues au même article 5 neutralisent le principe de non-discrimination ». Le Comité n'est pas favorable à cette dérogation « qui exclut de fait une majorité de travailleurs intérimaires de l'application du principe de non-discrimination et institue une caractéristique de durée discriminante par nature et contradictoire avec le principe de non-discrimination ». (*Section 5 de l'Avis*)

La proposition a également comme objectif de faciliter aux travailleurs intérimaires l'accès à des postes permanents dans les entreprises utilisatrices où ils exercent leur mission. À cette fin, non seulement les travailleurs concernés doivent-ils être informés des postes vacants disponibles mais il est même interdit d'introduire dans les contrats intervenant entre l'agence et l'entreprise utilisatrice des clauses ayant pour effet d'empêcher le travailleur intérimaire d'accéder à un emploi permanent.⁷¹⁸

E) Les travailleurs autonomes et les travailleurs à domicile

Pour ce qui est des travailleurs autonomes et des travailleurs à domicile, l'action réglementaire de la Commission est beaucoup moins avancée. La question est considérée comme beaucoup plus difficile. Dans les trois cas précédents (temps partiel, contrats à durée déterminée ou travail intérimaire), il est clair qu'il s'agit de salariés ; le problème en est surtout un de discrimination dans les conditions de travail.

Dans les deux derniers cas (travailleurs autonomes et travailleurs à domicile), la question des conditions de travail se double de celle, qui lui est préalable, de la qualification du lien d'emploi.

718. « Accès à l'emploi permanent et de qualité : 1. Les travailleurs intérimaires sont informés des postes vacants dans l'entreprise utilisatrice dans le but de leur assurer la même possibilité que les autres travailleurs de cette entreprise d'obtenir des postes permanents. 2. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que les clauses interdisant ou ayant pour effet d'empêcher la conclusion d'un contrat de travail ou d'une relation de travail entre l'entreprise utilisatrice et le travailleur intérimaire, après l'expiration de sa mise à disposition, soient nulles ou puissent être déclarées nulles. 3. Les entreprises de travail intérimaire ne mettent pas des honoraires à la charge des travailleurs en échange d'affectations dans une entreprise utilisatrice. 4. Les travailleurs intérimaires bénéficient des services sociaux de l'entreprise utilisatrice, à moins qu'un traitement différent soit justifié par des raisons objectives. 5. Les États membres prennent les mesures appropriées ou favorisent le dialogue entre les partenaires sociaux, conformément à leurs traditions et pratiques nationales, en vue : - d'améliorer l'accès des travailleurs intérimaires aux opportunités de formation dans les entreprises de travail intérimaire, y compris dans les périodes se situant entre les missions afin de promouvoir leur développement de carrière et leur employabilité, - d'améliorer l'accès des travailleurs intérimaires aux opportunités de formation des travailleurs des entreprises utilisatrices dans lesquelles ils sont mis à disposition ». (*Article 6*)

Jusqu'à maintenant, cette qualification relève de l'autorité compétente (judiciaire) de chaque État.

Toutefois, la Commission a commandé une étude à l'échelle européenne sur le travail autonome, laquelle devrait être disponible sous peu.

Quant au travail à domicile, on s'est limité pour le moment à la question du «télétravail» parce que plus facile, le télétravail étant considéré comme effectué dans une relation de type salariat.

On envisage de s'attaquer plus tard au travail à domicile en général dans une perspective plus large, peut être en lien avec le travail autonome.

F) Le télétravail

Pour ce qui est du télétravail, à la suite des négociations qui ont commencé en septembre 2001, un accord-cadre est intervenu entre les partenaires sociaux au niveau européen le 16 juillet 2002⁷¹⁹ lequel sera mis en œuvre conformément aux procédures et pratiques propres aux partenaires sociaux des États membres.

Après avoir affirmé qu'ils «considèrent le télétravail à la fois comme un moyen pour les entreprises et les organisations de services publics de moderniser l'organisation du travail, et comme un moyen pour les travailleurs de concilier vie professionnelle et vie sociale et de leur donner une plus grande autonomie dans l'accomplissement de leurs tâches», les partenaires sociaux définissent ainsi le télétravail :

719. *Accord-cadre sur le télétravail, intervenu entre la CES (et le comité de liaison EUROCADRES/CEC), l'UNICE/UEAPME et le CEEP, le 16 juillet 2002 (reproduit en annexe). On signale que seul le texte anglais fait foi.*

« Le télétravail est une forme d'organisation et/ou de réalisation du travail, utilisant les technologies de l'information, dans le cadre d'un contrat ou d'une relation d'emploi, dans laquelle un travail, qui aurait également pu être réalisé dans les locaux de l'employeur, est effectué hors de ces locaux de façon régulière ». (*Article 2*)

Sans entrer dans le détail des clauses de l'accord, il semble pertinent d'attirer l'attention sur quelques-unes de ses principales dispositions et au premier chef sur le caractère volontaire du télétravail. En effet :

« Le télétravail est volontaire pour le travailleur et l'employeur concernés. Le télétravail peut faire partie du descriptif initial du poste du travailleur, ou on peut s'y engager volontairement par la suite. (...) »

Si le télétravail ne fait (pas) partie du descriptif initial du poste, et si l'employeur fait une offre de télétravail, le travailleur peut accepter ou refuser cette offre. Si un travailleur exprime le désir d'opter pour un télétravail, l'employeur peut accepter ou refuser cette demande.

Le passage au télétravail, en tant que tel, parce qu'il modifie uniquement la manière dont le travail est effectué, n'affecte pas le statut d'emploi du télétravailleur. Le refus d'un travailleur d'opter pour un télétravail n'est pas, en soi, un motif de résiliation de la relation d'emploi ni de modification des conditions d'emploi de ce travailleur.

Si le télétravail ne fait pas partie du descriptif initial du poste, la décision de passer au télétravail est réversible par accord individuel et/ou collectif. La réversibilité peut impliquer un retour au travail dans les locaux de l'employeur à la demande du travailleur ou à celle de l'employeur. Les

modalités de cette réversibilité sont établies par accord individuel et/ou collectif ». (*Article 3*)

De plus, l'accord précise qu'en « ce qui concerne les conditions d'emploi, les télétravailleurs bénéficient des mêmes droits, garantis par la législation et les conventions collectives applicables, que les travailleurs comparables dans les locaux de l'entreprise. Cependant, pour tenir compte des particularités du télétravail, des accords spécifiques complémentaires collectifs et/ou individuels peuvent être nécessaires ». (*Article 4*)

L'accord contient également des dispositions sur la protection des données utilisées par le télétravailleur; sur le respect de la vie privée du télétravailleur; sur la fourniture, l'installation et l'entretien des équipements selon que ceux-ci sont fournis par l'employeur ou que le télétravailleur utilise son propre équipement.

L'accord-cadre précise aussi que l'employeur est responsable de la protection de la santé et de la sécurité professionnelles du télétravailleur. L'employeur a l'obligation d'informer le télétravailleur de la politique de l'entreprise en matière de santé et de sécurité au travail, en particulier des exigences relatives aux écrans de visualisation. Le télétravailleur doit appliquer correctement ces politiques de sécurité. Des mesures de vérification sont prévues.

En matière d'organisation du travail, l'accord reconnaît au télétravailleur le droit de gérer son temps de travail. Toutefois, la charge de travail et les critères de résultats doivent être équivalents à ceux de travailleurs comparables dans les locaux de l'employeur. De plus, « l'employeur s'assure que des mesures sont prises pour prévenir l'isolement du télétravailleur par rapport aux autres travailleurs de l'entreprise, telles que lui donner la possibilité de rencontrer régulièrement ses collègues et d'avoir accès aux informations de l'entreprise ». (*Article 9*)

De même, les télétravailleurs doivent avoir «le même accès à la formation et aux possibilités de carrière que des travailleurs comparables qui travaillent dans les locaux de l'employeur et sont soumis aux mêmes politiques d'évaluation que ces autres travailleurs ». (*Article 10*)

Les télétravailleurs ont les mêmes droits collectifs que les travailleurs dans les locaux de l'entreprise. Il ne doit pas y avoir obstacle à la communication avec les représentants des travailleurs.

G) Le suivi de la mise en œuvre des Directives

Dans le cas du travail à temps partiel tous les États membres ont modifié, lorsque nécessaire, leur législation nationale pour la rendre conforme aux dispositions de la Directive.

Dans le cas des contrats à durée déterminée, le processus d'adaptation des législations nationales en est à des stades différents d'avancement selon le pays. Les États membres avaient jusqu'au mois de juillet 2002, pour rendre leur législation nationale conforme à la Directive. À la date du 11 octobre 2002, dix États avaient notifié leurs dispositions de transposition; c'est donc dire que certains pays accusent un retard.

Dans le cas du travail intérimaire, la question du suivi est prématurée car la proposition n'a été adoptée en première lecture, avec quelques modifications, par le Parlement européen que le 21 novembre 2002.

III- LE CADRE LÉGAL DANS QUELQUES PAYS D'EUROPE

La qualification du statut d'emploi étant une question qui relève de la compétence de chacun des États, il n'y avait pas lieu d'en discuter lors de la présentation des Directives européennes. Toutefois, comme il s'agit d'une question primordiale eu égard à l'accessibilité à certains droits et à certaines protections sociales, il devient impossible de passer outre à l'examen des tendances les plus récentes à cet égard.

Avec le développement du droit social, on a vite pris l'habitude de ranger en deux grandes catégories le travail effectué contre rémunération : celui qui est effectué dans un contexte de subordination juridique, soit le travail salarié, et celui qui est effectué de façon autonome, soit le travail dit indépendant. Or, non seulement la frontière entre ces deux notions n'est-elle pas toujours évidente, mais elle a donné lieu, en certains pays d'Europe à l'émergence d'un troisième statut «intermédiaire » entre le salariat de type classique et le travail proprement indépendant.

De plus, que ce soit suite aux Directives de l'Union européenne ou de leur propre initiative, plusieurs pays ont jugé à propos d'adopter des dispositions législatives et réglementaires propres à mieux encadrer le travail dit atypique.

A) La notion de salarié

Les mutations dans les formes d'emploi ont contribué à rendre de moins en moins étanche la frontière apparente entre le travail salarié et le travail indépendant. En effet, si certains salariés bénéficient d'une autonomie de plus en plus grande dans l'exécution du travail, certains indépendants se trouvent dans une situation de dépendance économique telle qu'à certains égards, les conditions d'exercice de leur travail se rapprochent davantage de celle du salarié que de celle du véritable autonome. C'est celui qu'on

qualifie parfois de faux indépendant. On assiste à une sorte de mouvement convergent de la situation des uns et des autres.

À cet égard, malgré quelques hésitations et mouvements divergents, on observe une tendance générale à un élargissement de la notion de salarié au sens où nous l'entendons.

Face à cette « relative dilution » du critère de la subordination juridique comme déterminant de la qualification de la relation d'emploi, Alain Supiot a observé, dans les États européens, trois façons d'aborder cette question.⁷²⁰

D'abord, le déplacement de la frontière entre le droit du travail, d'une part, et le droit civil et le droit commercial, d'autre part. Dans le sens de l'extension du droit du travail, ce mouvement s'est opéré par le fait des juges qui ont eu recours à la « technique du faisceau d'indices ». La notion de subordination se trouve ainsi relativisée. En France, par exemple :

« L'idée directrice de cet élargissement consiste à se demander si le travailleur exerce sa liberté d'entreprendre ou bien seulement sa liberté de travail. Cette idée générale est mise en œuvre par deux notions que la jurisprudence utilise aujourd'hui pour caractériser la dépendance du travailleur. La première est celle *d'intégration à un service organisé*, qui implique la direction, non de l'exécution du travail, mais des conditions de cette exécution (...): le temps (existence de contraintes horaires, obligations de répondre à des convocations etc.), le lieu ou les moyens de travail. (...).

720. Alain Supiot, « Travail salarié et travail indépendant », *Rapports au 6^{ème} Congrès Européen de Droit du Travail et de la Sécurité Sociale*, Société Internationale de Droit du Travail et de la Sécurité Sociale, Section Polonaise, Varsovie, 1999, pages 142 à 176.

L'autre notion est celle de *participation à l'entreprise d'autrui*. Cette notion est un test négatif, qui consiste vérifier d'une part que le travailleur n'a ni salariés, ni clientèle propre, et d'autre part qu'il ne court pas les risques de l'entreprise. Il importe toutefois de noter que ces indices, positifs ou négatifs, ne se sont pas substitués au critère de la subordination, mais servent seulement à la mettre en œuvre ». ⁷²¹

L'auteur note le même type d'évolution en Allemagne, en Espagne, en Belgique, aux Pays Bas et au Portugal.

Les entrevues que nous avons conduites en France et la jurisprudence qui nous a été soumise tendent à démontrer que les tribunaux français se font de plus en plus souples dans l'appréciation des critères classiques de la subordination de telle sorte que dès qu'il y a présence d'un « embryon de subordination », on n'hésite pas à conclure dans le sens du lien de salariat plutôt que dans celui du lien d'entreprise, soit le travail autonome ou indépendant. ⁷²²

721. *Id.*, page 164.

722. Voir en ce sens et à titre d'exemple : La requalification de contrats de société et de gérance en un contrat de travail, *SA CHE c. Berthet et autres*, Cour d'appel de Paris, 7 juin 2001, rapportée (avec Note de Arnaud de Senga) à Droit ouvrier, décembre 2001, aux pages 525 et 526, (à mettre en parallèle avec *Alliance des intervenantes en milieu familial, Laval, Laurentides, Lanaudière (CSQ) c. Centre de la petite enfance Marie Quat'poches inc., Centre de la petite enfance La Rose des Vents, Centre de la petite enfance l'Arche de Noé inc. et le procureur général du Québec*, c.t. Vignola, BCGT (Mtl), le 6 février 2002 et Arnaud de Senga, « Les faux travailleurs indépendants face aux droits du travail et de la protection sociale : les avatars de la requalification », in *Droit Ouvrier*, Juin 2001, aux pages 241 à 252.

Dans certains cas, l'élargissement du champ d'application du droit du travail résulte de l'intervention directe du législateur. Ce fut le cas en France, pour les professions exercées à domicile (ex. les assistantes maternelles), les professions intellectuelles ou artistiques (ex. les journalistes et les artistes de spectacles), les professions commerciales (ex. les représentants de commerce et les mannequins).⁷²³ En Allemagne, une loi du 19 décembre 1998, applicable au domaine de la sécurité sociale, énumère quatre critères de dépendance économique : 1- le travail est accompli personnellement (sans l'aide de collaborateur), 2- le travail est accompli pour le compte d'un seul employeur, 3- le travail correspond à un emploi salarié, 4- le travail est effectué sans paraître comme entrepreneur sur le marché. Est présumé salarié, celui qui satisfait à deux de ces quatre critères.⁷²⁴

Toujours selon la contribution de Supiot, la technique du faisceau d'indices a pu aussi être utilisée pour réduire la portée de la notion de salarié. Ce fut notamment le cas en Angleterre en certaines circonstances pour certains travailleurs intermittents et certains travailleurs intérimaires. Il est arrivé aussi que le législateur intervienne pour empêcher que soit qualifiés comme salariés, les travailleurs de certaines catégories comme des transporteurs routiers en Espagne ou des locateurs de taxi en France.

Sur cette question de la frontière du droit du travail, Supiot conclut ainsi :

« De tels errements conduisent à priver les travailleurs les plus exposés à l'exploitation des protections du droit du travail. En revanche l'extension sans nuance de la qualification de salariat apparaît-elle aussi inadaptée lorsqu'elle conduit à étendre ces protections aux dirigeants des grandes entreprises (qui jouissent dès lors des avantages sans en supporter les risques) ou à des travailleurs qui sont réellement à leur compte ».⁷²⁵

723. *Id.*, page 166.

724. *Id.*, page 167.

725. *Id.*, page 169.

En plus de ce déplacement de la frontière, on a assisté, dans certains pays d'Europe, et en particulier en Italie et en Allemagne, à l'apparition d'une catégorie intermédiaire dans cette « zone grise » entre le salarié classique et le véritable travailleur indépendant ou autonome.

C'est ce qu'on appelle en Italie la parasubordination ou le « collaborateur coordonné continu » et en Allemagne le « quasi-salarié » (*arbeitnehmerähnliche Personen*).

Supiot définit ainsi la parasubordination à l'italienne. Il s'agit de :

« rapports de collaboration qui se concrétisent dans une prestation de travail continue et coordonnée, de nature personnelle, même si elle n'a pas de caractère subordonné. Il s'agit donc d'une catégorie « ouverte » où l'on retrouve en pratique des professions aussi diverses que celles des avocats travaillant pour une société ou des médecins du service national de santé ». ⁷²⁶

Selon les renseignements obtenus lors d'une entrevue conduite auprès d'universitaires italiens, le 21 mai 2002, le concept de la collaboration coordonnée et continue fut introduit dans la législation italienne en 1973 de façon à permettre aux travailleurs qui correspondent à cette situation l'accès à deux types de recours, l'un en matière de travail comme tel, l'autre pour faciliter les recours devant les tribunaux civils en vue de récupérer, le cas échéant, les sommes dues par le donneur d'ordre.

En effet, en vertu de ces dispositions, le « collaborateur coordonné » (comme on l'appelle) a désormais accès à certains éléments de protection de la sécurité sociale ainsi qu'au recours au juge du travail et ce, même en cas de licenciement, c'est-à-dire

726. *Id.*, page 170.

lorsqu'un « collaborateur coordonné » croit être victime d'une rupture abusive de sa « relation de travail ».

Par ailleurs, en vertu du droit civil, la prescription applicable aux réclamations pécuniaires est de cinq ans et il arrive fréquemment que le contrat intervenant entre le donneur d'ordre et le « collaborateur coordonné » comporte une clause en vertu de laquelle le travailleur renonce à exercer de tels recours. La loi de 1973 prévoit alors que le « collaborateur coordonné », qui a ainsi renoncé, bénéficiera néanmoins d'un délai de six mois à compter de la fin de son contrat pour exercer son recours en réclamation et ce, rétroactivement au tout début du contrat qu'elle qu'ait pu en être la durée (ex. dix ans ou même vingt ans).

S'il paraît difficile d'affirmer qu'il s'agit là véritablement d'un « statut » du collaborateur coordonné, il n'en demeure pas moins que ces mesures constituaient un premier pas en ce sens.

D'autres dispositions ont été introduites en 1992 qui sont venues compléter celles de 1973. Il est intéressant de souligner que l'objectif (politique) premier de ce texte nouveau n'était pas d'abord d'assurer une plus grande protection sociale aux « collaborateurs coordonnés » mais de mettre à la disposition de l'État un moyen additionnel de renflouer les finances publiques afin que l'Italie puisse satisfaire aux conditions requises pour accéder à la monnaie unique, à savoir l'Euro.

Il n'en demeure pas moins que ce texte de 1992 a contribué à conforter le statut des « collaborateurs coordonnés », d'une part, et à leur assurer une meilleure protection sociale, d'autre part.

En fait, cette loi de 1992 donne accès à certaines mesures de sécurité sociale pour cette catégorie de travailleurs à laquelle doivent contribuer les « collaborateurs coordonnés » et leurs donneurs d'ordre. La loi confie à l'« Institut » déjà responsable de la sécurité sociale (*Istituto Nazionale della Previdenza Sociale*) la gestion de ces avantages sociaux,

y compris la collecte des cotisations. Les collaborateurs coordonnés ont ainsi droit à une caisse de retraite, à des indemnités d'absence en cas de maternité, à la protection en cas d'accidents du travail et de maladies professionnelles, aux allocations familiales mais aucun droit à des prestations de chômage.

Il semble que cette dernière disposition de même que celle introduite en 1973 prévoyant un délai de six mois à compter de la fin du contrat pour exercer un recours en réclamation de sommes dues ont contribué à inciter certains donneurs d'ordre à reconnaître le « statut » de « collaborateur coordonné » de crainte de devoir le faire au moment du départ du collaborateur avec tout ce que cela peut entraîner de coûts en termes de versements rétroactifs.

L'adoption de cette loi a suscité un grand intérêt chez ceux qu'on appelle parfois les « faux indépendants » et a entraîné une sorte de mouvement de déclaration spontanée des « collaborateurs coordonnés » (certains interlocuteurs ont parlé de quelque 5 millions, d'autres de deux millions).⁷²⁷

Un élément intéressant réside dans la procédure de qualification de la relation. En effet, si celle-ci demeure toujours du ressort des tribunaux de droit commun, le plus souvent, c'est l'Institut national de la sécurité sociale qui exercera le recours car il a un intérêt direct puisqu'il est responsable de collecter les cotisations. En pratique, lorsqu'un donneur d'ordre refuse de reconnaître le statut de « collaborateur coordonné » et de verser les cotisations à la caisse, le travailleur porte plainte auprès de l'Institut qui adresse une réclamation à l'employeur et, si nécessaire, exerce les recours aux fins de faire qualifier la relation.

Malgré son originalité, ce « statut » ne fait pas l'unanimité chez les travaillistes italiens. En effet, si pour certains cette solution permet à des travailleurs de la « zone grise » de bénéficier de certains avantages sociaux et de certains recours contre des donneurs

727. Citant Trentin, B. « Un nouveau contrat de travail », *Droit Social*, 1999, 472, Supiot estime à plus de 4 millions le nombre de travailleurs italiens concernés par ce type de contrat.

d'ouvrage peu scrupuleux, pour d'autres, il s'agit d'un moyen facile d'amener ces personnes et les entreprises qui les emploient à contribuer à la caisse de sécurité sociale sans qu'il soit nécessaire de s'interroger trop longuement sur le degré de subordination qui les lie à leur donneur d'ordre. Pour d'autres enfin, il ne saurait y avoir un tel statut intermédiaire : ou bien une personne est véritablement un travailleur autonome avec tout ce que cela emporte comme conséquences ou bien elle est à ce point dépendante juridiquement ou économiquement d'un donneur d'ordre qu'elle doit être considérée comme un salarié (*dependenti*). Pour les tenants de cette thèse, un grand nombre des « collaborateurs coordonnés continus » sont en fait des salariés qui s'ignorent et qu'on ignore.

Un statut non similaire mais analogue existe aussi en Allemagne : c'est celui du «quasi-salarié».

« Il s'agit de travailleurs juridiquement indépendants mais économiquement dépendants, qui ont besoin d'une protection semblable à celle des salariés. Deux conditions particulières doivent être remplies pour qu'un travailleur puisse être qualifié de la sorte : en premier lieu il doit travailler seul, et sans l'assistance d'un personnel salarié, en second lieu la majeure partie de son travail, ou bien de ses revenus doit provenir d'une seule personne ou institution. (...) Ces quasi-salariés demeurent des travailleurs indépendants, et ils sont par exemple exclus du champ d'application du droit du licenciement, mais bénéficient de certaines des dispositions du droit du travail, relatives aux litiges du travail, aux congés et aux conditions de travail ».⁷²⁸

728. Supiot, précité, page 170.

Enfin, une nouvelle tendance se manifeste depuis peu incarnée dans un avant projet de loi belge : elle repose sur la présomption du lien de salariat couplé avec des critères de qualification définis par voie législative et réglementaire. En effet, si la Belgique, pour sa part, ne reconnaît pas un tel statut intermédiaire, elle s'est engagée récemment dans une initiative peu commune et innovatrice. Au cours du printemps 2002, le ministère fédéral de l'Emploi et du Travail a élaboré un avant projet de loi et de réglementation en vue de faciliter aux instances judiciaires l'exercice de leur compétence en matière de qualification de la relation d'emploi.

L'objectif du projet est clairement affirmé dans les notes explicatives l'accompagnant; il s'agit «de lutter contre le phénomène des faux indépendants» en introduisant une présomption réfragable d'existence du contrat de travail, donc du lien de salariat, dans la mesure où l'analyse de la relation de travail laisse apparaître qu'une majorité de critères fixés par règlement est remplie. «Ces critères doivent permettre de déterminer la frontière entre le travail indépendant et le travail dans les liens de subordination».

Ceux que l'on appelle les faux indépendants sont ainsi définis : ce sont «des travailleurs qui ont, seulement en théorie, choisi ou acquis le statut d'indépendant, mais qui en réalité sont de par leur situation de travail sous un lien de subordination vis-à-vis d'un employeur ». On note que les conséquences de cette situation ne sont pas négligeables : elle « permet à l'employeur de diminuer ses charges en permettant à ce dernier de faire l'économie des charges sociales et de ne pas se soumettre aux dispositions sociales contraignantes de protection du travailleur ». Elle s'accompagne aussi de la non-perception de cotisations sociales, elle permet une concurrence déloyale pour les entreprises du secteur sans compter les conséquences pour le travailleur lui-même. En effet, on fait valoir que «pour ce dernier, l'attrait que représente une rémunération plus élevée que procure le statut d'indépendant est dans la plupart des cas réduit à néant du fait que les cotisations sociales pour la caisse d'assurance pour les travailleurs indépendants sont entièrement à sa charge.⁷²⁹ Par ailleurs, la couverture sociale qui lui est

729. À rapprocher de la situation des travailleurs indépendants québécois face à la RRQ ou à la CSST.

offerte ne lui permet pas de bénéficier de tous les avantages du statut social du travailleur salarié ». ⁷³⁰

Toutefois, l'avant projet énumère un certain nombre de critères qui ne pourraient être utilisés pour renverser la présomption de l'existence d'un statut de salarié lesquels seraient contenus dans la loi elle-même. Ce sont :

- la qualification que les parties ont donnée à leur convention;
- l'inscription auprès d'un organisme de sécurité sociale pour travailleurs indépendants;
- l'inscription au registre de commerce;
- la possession d'un numéro de TVA;
- le comportement de la personne comme indépendant vis-à-vis de l'administration fiscale. ⁷³¹

Lors de la vérification de l'existence d'un lien de subordination, le juge ne pourrait pas prendre ces éléments en considération mais devrait faire porter son examen uniquement sur des comportements de fait et réels des parties au moyen des critères prévus dans le règlement.

En effet, ce à quoi il faut s'attacher pour qualifier la relation, c'est la réalité et l'exécution effective du contrat. À cette fin, l'avant projet de règlement énumère douze critères, inspirés par la jurisprudence concernant le contrat de travail, dont sept doivent être satisfaits pour qu'il y ait présomption de lien de salariat. Autrement dit, le travailleur qui remplit la majorité des critères énumérés ci-dessous est présumé salarié :

730. À rapprocher de la situation des travailleurs indépendants québécois face à l'assurance emploi ou encore face aux congés parentaux incluant la maternité.

731. Traduit en contexte québécois, cela pourrait signifier : - le fait d'avoir conclu un contrat appelé « contrat d'entreprise » ou « contrat commercial » au lieu de « contrat de travail »; - le fait de verser des cotisations à la CSST par exemple; - le fait de bénéficier de la personnalité juridique (être incorporé) ou d'être inscrit à un registre d'entreprises; - le fait de percevoir la TPS et la TVQ; - le fait de bénéficier de déductions fiscales pour l'usage d'un bureau dans son domicile ou la fourniture d'équipement.

- absence de participation personnelle et substantielle dans les gains et pertes de l'entreprise;
- absence d'investissement personnel et substantiel dans l'entreprise avec du capital propre; n'est pas considéré comme du capital propre pour l'application de ce critère, le capital qui a été mis à disposition, financé ou garanti par celui qui fournit le travail;
- absence de responsabilité et de pouvoir de décision sur les moyens financiers afin de maintenir la rentabilité de l'entreprise;
- avoir une garantie de paiement périodique de la rémunération;
- travailler principalement et habituellement pour une seule entreprise ou un même groupe d'entreprises;
- ne pas être soi-même employeur d'un personnel recruté personnellement et librement;
- ne pas pouvoir organiser librement son travail et son temps de travail;
- ne pas apparaître comme une entreprise vis-à-vis d'autres personnes ou de son cocontractant;
- travailler dans des locaux et/ou avec du matériel qui ne lui appartiennent pas ou qui sont mis à sa disposition, financés ou garantis par celui qui fournit le travail;
- être soumis à un contrôle interne ou à des possibilités de sanction;
- ne pas disposer d'un pouvoir de décision sur la politique des prix de l'entreprise;
- ne pas disposer d'une liberté d'achat pour l'entreprise.

L'avant projet de loi de même que l'avant projet d'arrêté royal ont été soumis pour avis, à la mi-juillet 2002, au Conseil national du travail⁷³² qui regroupe les représentants des partenaires sociaux au niveau national.

Malgré un certain parallélisme dans l'évolution de la jurisprudence de certains États européens et la jurisprudence canadienne ou québécoise eu égard aux critères utilisés pour qualifier la relation de travail, on n'aura pas manqué de noter que certains États sont

732. Un peu l'équivalent du Conseil consultatif du travail et de la main-d'œuvre au Québec.

allés au-delà soit pour inclure, soit pour exclure certaines catégories de travailleurs du champ du droit du travail, soit pour leur conférer un statut particulier.⁷³³

Là où les initiatives prises par certains États européens se démarquent nettement de la législation québécoise dans son état actuel, c'est en matière de protections sociale de certaines des catégories de salariés atypiques les plus vulnérables, ou, à tout le moins, souvent les plus précaires, à savoir les salariés à temps partiel, les salariés à contrat à durée déterminée (qu'ils s'agissent des occasionnels, des travailleurs sur appel, des travailleurs embauchés directement par l'employeur pour des périodes déterminées et limitées sans espoir d'accéder à un emploi permanent) et enfin les salariés des agences de travail intérimaire ou temporaire.

Nous présentons ici à titre d'exemple la situation prévalant dans quelques pays européens dont la législation va parfois bien au-delà, en termes de protection de ces travailleurs, de ce que prescrivent les Directives européennes présentées précédemment.

B) Les salariés à temps partiel

La législation des pays étudiés est non seulement conforme aux dispositions contenues dans la Directive européenne de 1997 mais souvent elle la complète en y ajoutant des éléments de protection additionnels.⁷³⁴

C'est donc dire que dans tous les États considérés, il doit y avoir égalité de traitement absolue entre le salarié à temps partiel et le salarié à temps complet occupant un emploi comparable dans la même entreprise, au *pro rata temporis*.

733. À mettre en parallèle avec certaines initiatives québécoises relatives aux camionneurs, aux détenteurs de permis de taxi, aux artistes, etc.

734. Pour une étude comparative plus détaillée sur ce point, voir : Bruno Veneziani, *Labour Flexibility, the Law and Collective Bargaining in EC Countries*, The Japan International Labour Law Forum, Special Series No. 9, Tokyo, March 2000, 92 pages, aux pages 10 à 36.

Mais souvent, les droits des États vont plus loin que le texte de la Directive et cherchent à mieux encadrer le travail à temps partiel soit en obligeant les parties à coucher leur entente par écrit, soit en réglementant le passage d'un statut d'emploi à un autre de façon à protéger les droits du salarié touché, soit encore en limitant le droit de l'employeur de modifier l'horaire du salarié à temps partiel.

C'est ainsi par exemple que le droit belge exige que toute embauche dans le cadre d'une relation atypique, (temps partiel, contrat à durée déterminée, travail indépendant, etc.), donne lieu à un contrat de travail écrit. L'absence d'un contrat écrit ou le simple retard à le faire (après le début des travaux) conduira le tribunal à qualifier la relation de contrat à durée indéterminée avec toutes les conséquences juridiques qui en découlent.

De plus, le salarié à temps partiel a non seulement accès aux emplois à temps complet qui deviendraient vacants mais il a un droit d'accès prioritaire s'il en a fait la demande et s'il a les qualifications requises.

En France, l'employeur peut proposer à un salarié de réduire la durée de son travail. Toutefois, cela est considéré comme une modification au contrat de travail. Dès lors, si le salarié refuse et est licencié, il peut exercer un recours dans le cadre de la procédure de licenciement pour motif économique. L'employeur devra démontrer la réalité et le sérieux du motif économique.

En Italie, en vertu d'une loi de l'an 2000, non seulement le contrat doit-il être fait par écrit et préciser le nombre d'heures mais il doit également prévoir la ventilation par jour, dans le mois et dans l'année. Habituellement, ces contrats comportent une clause d'« élasticité » en vertu de laquelle l'employeur peut modifier l'horaire du salarié à temps partiel à la condition de verser une compensation au travailleur, lequel ne peut refuser. Cette compensation est justifiée par le fait que le salarié à temps partiel qui voit son horaire modifié peut subir un préjudice du fait que cela peut le priver de la possibilité d'exercer un autre emploi à temps partiel dans une autre entreprise.

Enfin, tout comme en France, le refus de devenir salarié à temps partiel de la part d'un salarié à temps complet ne peut constituer un juste motif de licenciement en vertu du droit italien.

C) Les contrats à durée déterminée

Pour ce qui est des contrats à durée déterminée, il y a lieu de considérer de façon distincte ceux qui sont conclus directement entre l'employeur et le salarié et ceux qui interviennent dans le cadre d'une relation de travail triangulaire même si certaines règles sont parfois communes aux deux types de contrat eu égard à la protection des droits des salariés et aux contraintes imposées aux employeurs.

Il sera donc d'abord ici question du premier type de contrat, la situation des salariés d'agences de travail intérimaire faisant l'objet de la section suivante.⁷³⁵

Les législations observées poursuivent généralement deux grands types d'objectifs : d'abord, assurer aux salariés sous contrat à durée déterminée l'égalité de traitement avec les salariés à temps complet de l'entreprise et de même que l'accès à des postes permanents dans cette entreprise, ensuite, réduire l'attrait du recours au contrat à durée déterminée pour les entreprises en accroissant le coût de ce type de relation.

Par le premier type de mesures, elles entendent accorder aux salariés visés un degré de protection sociale comparable à celui dont jouissent les salariés à contrat à durée indéterminée des mêmes entreprises. En ce faisant, elles s'inscrivent tout à fait dans la ligne des objectifs définis au niveau de la Communauté européenne. Par le deuxième type de mesures, elles cherchent à freiner le développement de l'emploi précaire au moyen de dispositions qui ont pour fonction de limiter le recours à l'emploi à durée déterminée et

735. Pour une étude comparative plus détaillée sur ce point, voir, par exemple : Veneziani, *op. cit. supra*, aux pages 36 à 51.

en augmenter le coût. En ce faisant, elles vont au-delà de la lettre des Directives européennes.

1- La protection sociale proprement dite

Les mesures de protection sociale sont de deux types :

a. L'égalité de traitement

En France, en Italie aussi bien qu'en Belgique, à titre d'exemples, il doit y avoir égalité de traitement absolue entre le salarié précaire et le salarié permanent occupant un emploi comparable dans la même entreprise incluant les œuvres sociales⁷³⁶ (à ne pas confondre avec les avantages sociaux au sens nord-américain).

b. L'accès à des emplois de qualité

Ajoutons que le salarié à contrat à durée déterminée doit être informé des emplois à durée indéterminée dans l'entreprise mais sans avoir une priorité d'accès.

De plus, il demeure possible pour le salarié de rompre en tout temps le contrat à durée déterminée s'il a trouvé un contrat à durée indéterminée ailleurs (contrat à durée indéterminée) avec, évidemment, preuve à l'appui (lettre d'embauche, contrat, etc.) Cela est sujet à un préavis dont la longueur est fonction de la durée du contrat mais ne peut, en aucun cas, être supérieur à deux semaines.

2- Les mesures de freinage

Les mesures visant à décourager ou à dissuader les employeurs de recourir au contrat à durée déterminée sont de deux ordres, soit : l'encadrement du recours à ce type de contrat

736. Par exemple : restaurant d'entreprise, garderie en milieu de travail, colonie de vacances, bibliothèque, etc.

ainsi que l'accroissement direct du coût de ce type de contrat. Certains États appliquent simultanément une combinaison de plusieurs de ces moyens ainsi qu'on le verra ci-après.

a. L'encadrement du recours au contrat à durée déterminée

Cet encadrement varie selon les États et peut prendre diverses formes, et en particulier les trois suivantes :

1° Une première façon d'encadrer le recours au contrat à durée déterminée consiste à prévoir dans la loi les circonstances dans lesquels un employeur peut conclure avec un salarié un contrat à durée déterminée.

C'est ce que fait la loi française en précisant que l'employeur ne peut recourir à des contrats à durée déterminée qu'en deux types de circonstances, et en ces deux cas seulement :

- d'abord, pour remplacer un(e) salarié(e) absent(e), (sauf celui ou celle qui est en grève), le contrat doit être fait écrit avec le nom du ou des salariés absents et la date du retour;
- ensuite, en cas de surcroît exceptionnel d'activité, soit en raison d'une commande exceptionnelle à l'exportation, soit pour faire exécuter des travaux urgents liés à la sécurité.

Également, les travaux dangereux ne peuvent être confiés à des salariés à statut précaire.

De plus, la durée maximale des contrats à durée déterminée conclus avec un salarié ne peut être supérieure à dix-huit mois (24 mois s'il s'agit d'une commande exceptionnelle à l'exportation) sauf dans le cas où le terme du contrat pour remplacement d'un salarié absent n'est pas lié au temps mais à la survenance d'un événement : longue maladie, congés de maternité successifs entrecoupés de congés parentaux, etc.

Si à l'intérieur de cet espace-temps, il y a multiplication de contrats à durée déterminée sans respect du délai de carence, les tribunaux n'hésitent pas à requalifier la relation à titre de contrat à durée indéterminée, ce qui peut aussi donner lieu à des sanctions pénales.

En Italie, du point de vue des circonstances dans lesquelles il est possible aux employeurs de recourir aux contrats à durée déterminée, il faut distinguer entre la situation qui prévalait avant la venue au pouvoir du gouvernement présidé par monsieur Silvio Berlusconi et la situation actuelle. En effet, selon les universitaires italiens interrogés, la réglementation relative aux contrats à durée déterminée était beaucoup plus restrictive auparavant qu'elle ne l'est maintenant même si elle demeure conforme aux dispositions de la directive européenne pertinente. En fait, la situation peut se résumer comme suit.

La loi de 1987 sur les contrats à durée déterminée, en plus d'imposer l'égalité de traitement déterminait une liste de situations limitant la possibilité pour les employeurs de recourir aux contrats à durée déterminée :

- travaux extraordinaires (se situant à l'extérieur du champ d'activité principal de l'entreprise, ex. rénovation des lieux);
- travaux saisonniers;
- surcroît de production;
- remplacement des salariés absents pour cause de maladie, de maternité (de façon plus générale, les salariés absents qui ont un droit de retourner au travail);
- secteur du spectacle : employés de théâtre, du cinéma, de la scène, etc.;
- aviation et aéroport (jusqu'à un certain pourcentage);
- activités à phases successives (ex. construction).

La loi de 1987 prévoyait également qu'il était possible d'ajouter à cette liste, par voie de convention collective, mais en déterminant des pourcentages pour chacune des situations additionnelles. En somme, les parties avaient la possibilité d'accroître la flexibilité par la négociation en prévoyant un plus grand nombre de situations donnant ouverture à la

conclusion de contrat à durée déterminée mais toujours à la condition d'en limiter le nombre dans chaque cas.

Suite à la mise en vigueur de la Directive européenne sur le contrat à durée déterminée, le Parlement adopta une loi de 2001 qui avait pour effet de permettre au gouvernement (démocratie chrétienne - de gauche) de « légiférer par décret » de façon à s'assurer que la réglementation italienne soit conforme à la directive européenne.

Entre temps, les élections portèrent au pouvoir le gouvernement actuel qui adopta un décret qui, tout en étant conforme aux dispositions de la directive, avait pour effet d'accroître la flexibilité en réduisant les exigences imposées par la loi de 1987.

En résumé, cette loi-décret de 2001 confirme l'exigence de la parité de traitement mais abroge la liste des situations limitant le recours au contrat à durée déterminée, laissant la possibilité de recourir au contrat à durée déterminée dans tous les cas justifiés par des exigences liées à l'organisation, à la production ou au remplacement. Ces dispositions nouvelles ont pour effet d'accroître la flexibilité en laissant la possibilité aux employeurs de recourir au contrat à durée déterminée en toutes circonstances.

C'est ce nouveau texte qui est maintenant en vigueur, même si la directive européenne stipule que la nouvelle législation adoptée par les États membres ayant pour objet de rendre la directive applicable au niveau national ne saurait avoir pour effet de diminuer le niveau de protection existant antérieurement.⁷³⁷

737. Cette situation donne présentement lieu à un vaste débat dans les milieux juridiques en Italie, lequel s'est engagé au plan constitutionnel. En effet, on remet en question ces dispositions nouvelles sur le contrat à durée déterminée en s'interrogeant sur la constitutionnalité même de la loi par laquelle le Parlement mandatait le gouvernement pour agir par décret en cette matière. Cette délégation se limitait en principe à permettre au gouvernement de donner acte à la directive mais, en pratique, le gouvernement s'est autorisé de cette délégation pour assouplir la réglementation jusqu'alors en vigueur en matière de contrat à durée déterminée. C'est toute la question de la délégation du pouvoir de légiférer. Jusqu'à ce jour, le débat se situe davantage à un niveau théorique et politique aucune contestation n'ayant encore été engagée par la voie judiciaire.

2° Une autre façon d'encadrer le recours au contrat à durée déterminée consiste à préciser dans quelle mesure la succession de contrats à durée déterminée équivaut à un contrat à durée indéterminée. En Belgique, par exemple, il en est ainsi dans deux types de situations : soit quatre contrats à durée déterminée pour le même employeur, le quatrième contrat emportant la qualification de durée indéterminée, soit une durée totale de deux ans pour le même employeur sans égard au nombre de contrats. Ça pourrait être, par exemple, deux contrats successifs d'un an.

Précisions enfin, que dans le cas de la Belgique, le défaut de mettre par écrit le contrat à durée déterminée emporte aussitôt une requalification au titre de contrat à durée indéterminée.

3° Une autre méthode consiste à introduire un délai de carence obligatoire entre deux contrats à durée déterminée de façon à éviter les successions quasi ininterrompues de contrats, souvent avec un très court délai entre deux contrats, voire un délai purement symbolique.

C'est ainsi par exemple que la *Loi de modernisation sociale* adoptée en janvier 2002 en France introduit un nouveau délai de carence entre deux contrats à durée déterminée. En effet, pour pouvoir recruter par contrat à durée déterminée dans le même poste ou pour un travail identique, l'employeur doit respecter un délai de carence égal au tiers de la durée du contrat qui vient de prendre fin et ce, en comptant uniquement les jours ouvrables.⁷³⁸ Ce délai du « tiers-temps » s'applique au renouvellement de tous les contrats de 14 jours et plus. Pour les contrats de 14 jours ou moins, le délai de carence est égal au « demi-temps », c'est-à-dire, par exemple, sept jours ouvrables dans le cas d'un contrat de 14 jours.

738. En effet, avant la Loi de modernisation, cette restriction n'existait pas de sorte que l'employeur concluait des contrats de cinq jours se terminant le vendredi, respectait le délai de carence durant la fin de semaine et concluait un nouveau contrat commençant le lundi.

b. L'introduction d'une indemnité de fin de contrat

Afin de compenser le salarié pour la situation de précarité relative dans laquelle le place le contrat à durée déterminée mais aussi comme mesure dissuasive à l'égard des employeurs, la loi française prévoit le versement d'une indemnité de fin de contrat. Cette prime de fin de contrat, qui existait avant la *Loi de modernisation sociale*, a été haussée au niveau de 10 % du salaire brut gagné durant le contrat et elle doit être versée au salarié à la fin de chaque contrat.

c. Les exclusions

Toutefois, conformément aux dispositions permissives de la Directive européenne, la loi prévoit pratiquement toujours des situations d'exclusion, c'est-à-dire des types de contrat à durée déterminée et même des secteurs d'activités qui échappent totalement ou partiellement à l'application de ces règles.

Il en va ainsi, par exemple, en France, de tous les contrats conclus dans le cadre de la politique de l'emploi et qui ont pour objectif de faciliter l'intégration au marché du travail : contrats d'apprentissage, contrats conclus dans le cadre de programmes d'insertion, etc. Ces contrats, même s'ils sont renouvelés, échappent totalement aux règles relatives au délai de carence, à la prime de fin de contrat, etc.

De plus, une liste établie par décret énumère une série de secteurs d'activités où le contrat à durée déterminée est autorisé sans égard à la loi. Ce sont des secteurs où le contrat à durée déterminée est permis sans restriction en raison de l'usage ou de la nature temporaire du travail.

En Italie, on atteint le même objectif de réinsertion par une voie légèrement différente. En effet, la loi de 1987 sur les contrats à durée déterminée fut modifiée en 1991 pour favoriser la réinsertion ou l'insertion des salariés en situation de chômage. Elle prévoit que, nonobstant les limites imposées par la loi de 1987, un employeur peut offrir un

contrat à durée déterminée d'une durée maximale de douze mois à un salarié en situation actuelle ou prochaine de licenciement ou d'une durée maximale de vingt-quatre mois s'il s'agit d'un salarié « débutant ».

D) Les salariés des agences de travail temporaire

Le travail temporaire s'est développé d'abord lentement pour ensuite occuper une place de plus en plus importante parmi les formes de travail atypique. C'est pourquoi la réglementation visant à encadrer ce type d'activité est apparue assez tardivement dans le droit du travail de la plupart des pays européens.⁷³⁹ En France cela s'est fait d'abord avec la *Loi du 3 janvier 1972* qui fut souvent modifiée pour atteindre son état actuel par la *Loi de modernisation sociale* du 18 janvier 2002. En Belgique, le travail intérimaire fut d'abord réglementé de façon provisoire par une loi du 28 juin 1976 puis par la *Loi du 28 juillet 1987*. En Italie, le travail intérimaire n'est permis et réglementé que depuis 1997.

1- Les principes de base

Bien qu'elles varient d'un État à l'autre, ces diverses réglementations s'inscrivent toutes dans le cadre des principes énoncés par la Directive européenne de 1997 sur le contrat à durée déterminée ou bien dans l'orientation qu'entend donner la proposition de Directive de l'an 2000.

De ces instruments, elles retiennent le principe de l'égalité de traitement entre le salarié intérimaire et le travailleur permanent qui accomplit un travail similaire ou équivalent dans l'entreprise utilisatrice de même que celui de l'accessibilité pour le travailleur d'intérim à un emploi permanent et de qualité dans l'entreprise utilisatrice.

739. Pour une comparaison étendue à un plus grand nombre de pays européens, voir : Veneziani, *op.cit.*, aux pages 51 à 68.

2- Les limites au recours au travail intérimaire

Mais en général, ces législations, là où elles existent, vont beaucoup plus loin en ce sens qu'elles visent à limiter les situations où une entreprise peut recourir à une main-d'œuvre temporaire de façon à éviter que les entreprises puissent recourir à ce type de main-d'œuvre comme substitut permanent et durable en vue d'éviter l'embauche de salariés qui seraient directement rattachés à l'entreprise. Ces législations ont également comme objectif d'encadrer, de façon parfois très rigoureuse, les relations entre l'agence et l'entreprise utilisatrice, d'une part, et entre l'agence et la salarié d'autre part, le tout s'inscrivant de surcroît dans un souci de transparence pour les uns comme pour les autres. Elles vont parfois préciser les éléments du contenu des contrats à intervenir, déterminer les responsabilités de l'entreprise utilisatrice en matière de santé et sécurité du travail, etc.

a. Le cas de la Belgique et de l'Italie

C'est ainsi, par exemple, qu'en Belgique, le recours à des travailleurs intérimaires est limité à trois types de circonstances prévues dans la loi à savoir : soit l'absence ou le départ d'un travailleur permanent, soit les nécessités économiques auxquelles l'entreprise fait face.⁷⁴⁰ À cela vient parfois s'ajouter une sorte de droit de veto reconnu au syndicat par voie de convention collective.

Le véritable employeur, c'est l'entreprise intérimaire, l'entreprise utilisatrice demeurant un tiers.

De plus, le premier contrat entre le salarié et l'agence doit intervenir par écrit avant le début de la première mission, chaque renouvellement pouvant être consigné par écrit peu après le début du service. À défaut, la relation est qualifiée de contrat à durée indéterminée.

740. Sur l'ensemble de cette question, voir : Micheline Jamouille, *op.cit.*, aux pages 53 à 58.

Enfin, on retrouve ici encore le principe de l'égalité de traitement, du moins en autant que la rémunération est concernée : en effet, « les travailleurs intérimaires seront rémunérés de la même façon que les salariés de l'entreprise utilisatrice occupant les mêmes fonctions ». ⁷⁴¹

Selon les interlocuteurs belges rencontrés, il ne fait pas de doute que les dispositions qui encadrent le travail intérimaire ont pour effet d'accroître le coût du recours à ce type de main-d'œuvre. Toutefois, cela ne diminue en rien l'attrait de cette forme de relation d'emploi pour les employeurs qui y trouvent, malgré cela, un avantage économique en ce qu'ils épargnent beaucoup sur les coûts de recrutement et de formation. Et, à la limite, c'est le prix qu'ils sont prêts à payer pour la flexibilité que cela leur procure.

L'Italie a une législation qui se rapproche du modèle belge.

C'est ainsi, par exemple, que le recours au travail intérimaire est limité aux situations suivantes :

- remplacement d'un salarié absent;
- manque temporaire de main-d'œuvre;
- activité professionnelle se situant à l'extérieur du champ d'activité principal de l'entreprise;
- toute autre situation prévue par voie de convention collective.

Les conditions de travail applicables sont celles de l'entreprise utilisatrice y compris les régimes complémentaires de prévoyance sociale mais à l'exclusion, parfois, du régime complémentaire de retraite.

L'entreprise utilisatrice peut offrir des postes permanents aux salariés intérimaires, c'est même un mode de recrutement, l'intérim servant de période d'essai ou de « probation ».

741. *Id.*, page 55.

b. Le cas de la France

Parmi les pays dont nous avons pu étudier la réglementation, la France est sans doute celui où l'encadrement est le plus développé reposant en partie sur la loi mais aussi sur une convention collective intervenue entre le regroupement des agences de travail temporaire et les syndicats représentant leurs salariés au niveau de cette branche d'activité.

i. Le cadre légal

Le contrat de travail temporaire ne peut avoir pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise utilisatrice.

Les cas où une entreprise peut recourir aux salariés d'agences de travail temporaire sont au nombre de trois et très bien précisés :

- remplacement d'un salarié en cas :
 - d'absence;
 - de suspension de son contrat de travail;
 - de départ définitif précédent la suppression de son poste de travail;
 - d'attente de l'entrée effective en service d'un salarié recruté par contrat à durée indéterminé;
- accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise, commande exceptionnelle à l'exportation, travaux urgents nécessités par des mesures de sécurité;
- emplois à caractère saisonnier ou pour lesquels dans certains secteurs d'activité, il est d'usage constant de ne pas recourir au contrat à durée indéterminée en raison de la nature de l'activité exercée et du caractère par nature temporaire de ces emplois.

Dans un établissement où l'on a procédé à un licenciement pour motifs économiques, il est interdit de recourir à une main-d'œuvre temporaire dans les six mois qui suivent le licenciement pour motif de l'accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise.

Le non-respect de ces règles entraîne la requalification au titre de contrat à durée indéterminée.

Il est interdit de recourir à la main-d'œuvre temporaire pour remplacer un salarié en grève ou pour des travaux particulièrement dangereux.

La loi précise également dans le détail les éléments du contenu du contrat à intervenir entre l'agence et l'entreprise utilisatrice, d'une part, et de celui qui intervient entre l'agence et le salarié, d'autre part.

Sans qu'il soit pertinent d'énumérer ici tous les éléments que doivent contenir obligatoirement ces deux types de contrat, mentionnons simplement que le premier doit mentionner obligatoirement le motif pour lequel il est fait appel à un salarié temporaire, avec les justifications à l'appui, les caractéristiques du poste à pourvoir, etc. Quant au second, il doit notamment reproduire les clauses du premier et mentionner la qualification du salarié et autres détails usuels tels que la rémunération complétés par la mention du fait que l'embauche du salarié par l'utilisateur à la fin de la mission n'est pas interdite.

La loi contient également des dispositions quant à la durée maximale de ces contrats, laquelle varie en fonction du type de remplacement; également quant au renouvellement ou à la prolongation du contrat.

Enfin, la règle du « tiers temps » applicable au renouvellement des contrats à durée déterminée de même le versement au salarié de l'indemnité de 10 % en fin de contrat trouvent leur application ici également plus le versement d'une indemnité compensatrice (indemnité de vacances) égale à 1/10^e de la rémunération totale due au salarié.

ii. L'apport conventionnel

Une des caractéristiques de la relation de travail triangulaire réside dans la difficulté de donner à ces salariés mobiles un accès à des régimes complémentaires de sécurité sociale,

par exemple des régimes d'assurance maladie, des régimes collectifs d'assurance vie, des régimes complémentaires de retraite, etc.

En effet, s'il peut être relativement facile de respecter le principe de l'égalité de traitement lorsqu'il s'agit de rémunération directe, il en va tout autrement de la rémunération indirecte ou différée, celle qui prend la forme de contributions de la part de l'employeur et/ou du salarié à divers régimes d'avantages sociaux pour le bénéfice des salariés de l'entreprise.

C'est cette difficulté qu'a permis de résoudre le régime de négociation collective par branche d'activité qui caractérise les rapports collectifs du travail en France et dans plusieurs autres pays européens.

C'est ainsi que fut conclu, le 2 décembre 1997, un accord entre les associations regroupant les agences de travail par intérim, aujourd'hui fusionnées et regroupées dans un seul organisme patronal, le Syndicat des Entreprises de Travail Temporaire (SETT) et les syndicats de leurs salariés (CFDT, CFTC, CFE-CGC, CGT, CGT-FO). En vertu de cet accord, les salariés d'agence peuvent bénéficier de tous les avantages suivants sans égard au lieu où ils travaillent : protection en cas de maladie, accident de trajet, accident du travail, maladie professionnelle, congé de maternité ou d'adoption, décès, invalidité et incapacité permanente.

Enfin, suite à l'extension⁷⁴² le 11 novembre 1992 de l'accord du 9 janvier 1991, les salariés des entreprises de travail temporaire ont accès à un régime complémentaire de retraite et les entreprises sont tenues d'y cotiser.

742. Il s'agit d'une procédure d'extension juridique des conventions collectives analogue au régime québécois des décrets de convention collective.

E) Le marchandage de main-d'œuvre

Parallèlement à la question des agences de travail temporaire ou, si on préfère, en marge de celle-ci, il y a lieu d'aborder brièvement ce phénomène que l'on désigne sous le vocable de « marchandage » de main-d'œuvre.

Il s'agit d'une forme d'externalisation de la main-d'œuvre en vertu de laquelle « des travailleurs regroupés physiquement en un même lieu ou dans une même unité de production ne sont pas liés par un lien de droit avec un employeur unique qui est responsable de l'unité de production ».

Supiot rapporte qu'il s'agissait d'une pratique fréquente au XIX^{ième} siècle :

« les ouvriers travaillaient dans le cadre d'un louage d'ouvrage (et non d'un louage de services); ce contrat pouvait avoir été conclu soit par le travailleur lui-même (qui s'engageait pour une tâche définie, d'où le nom de tâcheronnage) soit par un « marchandeur » qui convenait avec un client de l'ouvrage à réaliser et le faisait exécuter ensuite par des ouvriers qu'il rémunérait et payait directement (d'où le nom générique de marchandage pour désigner cette pratique, qui recouvrait des réalités diverses : du contrat d'équipe, où le marchandeur était mandataire des ouvriers, à la sous-entreprise de main-d'œuvre où il apparaissait comme leur employeur) ». ⁷⁴³

743. Commission européenne, *Transformation du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Rapport final, Alain Supiot, rapporteur général, Direction générale Emploi, relations industrielles et affaires sociales, C.E., 1999, 100 pages, à la page 9.

Si ces formes anciennes de relations du travail ont pratiquement disparu avec l'arrivée de l'organisation du travail de type fordiste, elles ont tendance à réapparaître aujourd'hui sous des formes diverses qu'il s'agisse de sous-traitance, d'agences de travail temporaire ou carrément de trafic de main-d'œuvre.

Si la sous-traitance et le recours à des agences de travail temporaire sont considérés comme des activités légales dans la mesure où elles sont pratiquées dans le respect des lois en vigueur, ce que l'on appelle trafic de main-d'œuvre consiste généralement en une fourniture de main-d'œuvre, le plus souvent dans un but lucratif et qui a pour effet de causer un préjudice au salarié ou d'éluder la loi.⁷⁴⁴

Ce type d'opération est le plus souvent pratiqué pour permettre à une entreprise de diminuer ses coûts de main-d'œuvre (salaires et charges sociales) mais aussi pour soustraire les salariés en cause de l'application d'une convention collective en vigueur quand il ne s'agit pas tout simplement d'une forme organisée du travail au noir.

C'est pourquoi malgré la difficulté d'établir parfois la frontière entre des activités licites telles que la sous-traitance et le travail intérimaire, d'une part, et le trafic de main-d'œuvre, d'autre part, plusieurs pays, dont la France et l'Espagne, ont adopté des textes réprimant le trafic de main-d'œuvre .

La jurisprudence démontre que ce que les juges recherchent pour déterminer s'il s'agit de sous-traitance ou de fourniture illégale de main-d'œuvre, c'est la réalité des faits et non la qualification que les parties ont pu donner à leur contrat.

« La qualification donnée par les parties contractantes ne lie pas le juge; un contrat intitulé « contrat d'entreprise » et définissant les obligations réciproques des parties à savoir d'un côté la réalisation de diverses fabrications sous la seule responsabilité de l'entreprise productrice, de

744. *Ibidem.*

l'autre un paiement forfaitaire par le client peut être requalifié par les juges de « contrat de fourniture de main-d'œuvre à but lucratif ». Les juges recherchent comment le travail a été *effectivement* exécuté et plus spécialement si les salariés travaillant dans les locaux de l'entreprise cliente, fournissaient leur travail en suivant les instructions de salariés de l'entreprise « prestataire » de services ou de salariés de l'entreprise dite cliente. S'il apparaît que les salariés exécutent les instructions de cadres de l'entreprise cliente, l'opération sera requalifiée en contrat de fourniture de main-d'œuvre et déclarée illicite. Si au contraire les salariés travaillent sous le contrôle effectif des cadres de l'entreprise « prestataire de services », le contrat est bien un contrat de prestation de service ». ⁷⁴⁵

En conclusion sur cette question, Supiot fait observer :

« Les règles réprimant le trafic de main-d'œuvre paraissent essentielles au bon fonctionnement du marché du travail. De même qu'on ne peut admettre qu'une entreprise fasse appel à une société écran pour échapper à ses obligations en matière de droit fiscal ou de droit de l'environnement, de même les règles de la concurrence se trouvent faussées si certaines entreprises peuvent éluder l'application du droit du travail, en interposant entre elles et les salariés qui travaillent pour elles un employeur écran qui n'a d'autre fonction que de permettre cette fraude ». ⁷⁴⁶

Ces considérations sont à rapprocher des préoccupations qui animent les instances de l'O.I.T. tel que nous l'avons évoqué précédemment et qui feront l'objet d'une discussion générale à la Conférence internationale du travail de juin 2003.

745. Jean Pélissier, Alain Supiot, Antoine Jeammaud, *Droit du Travail*, Précis Dalloz, 20^{ème} édition, Paris, Éditions Dalloz, 2000, 1219 pages, aux pages 346 et 347.

746. Supiot, précité, page 10.