

## **CHAPITRE 7 – LES RECOMMANDATIONS**

Les précédents chapitres de ce rapport auront permis de faire un certain nombre de constats qu'il n'est pas inutile de rappeler ici.

D'abord, ces emplois que l'on qualifie d'atypiques ou non traditionnels sont de moins en moins atypiques et de plus en plus courants ou habituels. En effet, plus du tiers des emplois échappent maintenant au modèle de l'emploi permanent à durée indéterminée pour un employeur donné et dans les locaux de l'entreprise. Ces emplois correspondent à différents statuts de travail qu'il s'agisse de travail à temps partiel, de travail à durée déterminée, de travail à domicile, de travail temporaire soit directement pour un employeur, soit par l'intermédiaire d'une agence de personnel ou encore de travail indépendant qu'on appelle souvent autonome. C'est devenu, pour plusieurs, une façon différente de vivre leur vie de travail.

L'examen des divers régimes juridiques encadrant les relations du travail de même que certaines protections sociales a également permis de confirmer que ces régimes ont été élaborés à partir d'une notion très classique et très traditionnelle du lien de salariat, lequel donne accès à ces diverses protections que ce soit le droit à la représentation collective, aux conditions minimales de travail, à l'indemnisation en cas d'accident du travail ou de maladie professionnelle et le reste.

Cela a pour effet de placer un nombre de plus en plus important de travailleurs soit en dehors du champ d'application du droit du travail de telle sorte qu'ils n'ont pas accès à ces protections, soit dans une sorte de zone de grise où l'on ne cesse de s'interroger sur la question de savoir si ces personnes ont davantage les attributs d'un salarié ou s'ils ne sont pas plutôt des entrepreneurs.

De plus, le fait que la plupart des mesures de protection sociale entendue au sens large ont été conçues en fonction de personnes qui exercent un emploi à temps complet, qui

s'inscrit dans la durée et pour un seul employeur, entraîne comme conséquence des disparités de traitement, parfois importantes pour des personnes dont le statut d'emploi ne correspond pas parfaitement à ce modèle. Il pourra s'agir de disparités résultant du fait qu'une personne cumule plusieurs emplois, qu'une autre (ou la même) travaille à temps partiel, qu'un autre est un salarié d'agence, qu'un autre est un travailleur sur appel ou se trouve engagé au moyen de contrats à durée déterminée. Il en résultera des écarts de salaire entre des personnes qui, à qualification et expérience égales, font le même travail ou un travail équivalent dans le même établissement. Ou encore, certains travaillant dans la même entreprise, syndiquée ou non, auront accès à des régimes complémentaires de protection sociale (régimes de retraites, assurances collectives, etc.), d'autres pas. Certains, victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, verront prendre en compte leur perte de capacité de gains lors de la détermination des indemnités auxquelles ils auront droit, d'autres pas. On pourrait ainsi multiplier les exemples.

Selon les études que le Comité a conduites de même que selon l'écoute qu'il a faite des intéressés et l'analyse des sondages qu'il a fait réaliser, les écarts sont réels. Ainsi en est-il de l'incapacité du cadre légal actuel de prendre en compte la totalité de ces situations nouvelles. En contre partie, les membres du Comité n'ont pu faire autrement que de constater que les employeurs et leurs représentants ont paru peu sensibles, du moins dans leur discours, aux questions que soulève le travail atypique, préoccupés qu'ils sont par les exigences de la concurrence et les besoins de flexibilité dans un contexte de mondialisation, cette dernière paraissant parfois se limiter, pour certains d'entre eux, aux provinces et aux États limitrophes.

Lorsqu'on tente de comparer le Québec, au plan de la protection sociale à laquelle peuvent prétendre ces travailleurs avec celle qui prévaut dans le reste du Canada et dans d'autres pays, on observe que la situation varie beaucoup selon le point de référence utilisé.

On remarque, par exemple, qu'ailleurs au Canada, y compris au niveau fédéral, les législateurs ont prévu une définition de salarié qui ouvre une porte plus large pour

englober ceux qui se trouvent dans la zone grise que nous évoquions plus haut. Par ailleurs, ces diverses lois canadiennes ou étatsuniennes, ayant pratiquement toutes été développées à la même époque et dans le cadre de courants de pensée qui se sont influencés les uns les autres, il n'y a pas lieu de s'étonner qu'on y retrouve rarement, pour ne pas dire à peu près jamais, de dispositions particulières visant les travailleurs dits « atypiques » et encore moins de dispositions déclaratoires interdisant, par exemple, les disparités de traitement en fonction du statut d'emploi. Il demeure que certaines provinces ou certains États se trouvent à avoir mis de l'avant des mécanismes, parfois conçus à d'autres fins, mais qui permettent de prendre en compte en certaines circonstances le particularisme de la situation des travailleurs atypiques. Qu'on pense, par exemple, à la durée quotidienne normale de travail, à la durée du service continu exigible pour pouvoir exercer un recours en cas de congédiement fait sans cause juste et suffisante, à la « déclaration d'employeur unique », à la coresponsabilité en matière de conditions de travail ou d'accident du travail de certaines agences de personnel et de leurs entreprises clientes.

Par ailleurs, lorsqu'on compare la situation des travailleurs atypiques québécois en matière de protection sociale avec celle que les pays européens accordent à leurs ressortissants, force est de constater que l'écart est considérable. En effet, aussi bien les instances communautaires elles-mêmes que plusieurs des États membres ont commencé, il y a déjà plus de dix ans, à accorder une attention sérieuse à ces questions et à se doter d'instruments juridiques capables de prendre en compte cette réalité nouvelle et grandissante que constitue le travail atypique.

Il faut dire à cet égard que plusieurs facteurs ont favorisé cette éclosion dont bénéficient aujourd'hui les travailleurs européens en situation dite non traditionnelle. On peut mentionner au premier chef le fait que, dans plusieurs de ces pays, la représentation syndicale et la négociation collective s'exercent à plusieurs niveaux dont celui de la branche d'activité. Cette structure de négociation est parfois doublée d'un mécanisme d'extension juridique des conventions collectives. Ce régime a permis, malgré un taux de pénétration syndicale parfois de beaucoup inférieur à celui qu'on observe au Canada et au

Québec, de négocier des conditions de travail et des avantages complémentaires qui s'appliquent à l'échelle de toute une branche d'activité, l'ensemble des employeurs de la branche se trouvant assujettis à des dispositions identiques.

Au plan européen, il faut ajouter aussi l'effet des dispositions à caractère social du Traité de Rome dont on ne retrouve pas l'équivalent dans l'ANACT et par lesquelles les États membres se sont obligés à procéder non seulement à une harmonisation de leur droit social, mais à effectuer cette harmonisation « vers le haut », c'est-à-dire dans un sens favorable aux travailleurs.

De plus, l'Union européenne en tant que telle dispose, par ses divers organes, notamment la Commission, le Conseil et le Parlement, d'un pouvoir législatif important qui lui permet d'adopter des instruments qui peuvent être juridiquement contraignants pour l'ensemble des États membres. L'existence de la Communauté a entraîné dans son sillage la mise en place d'associations représentatives, aussi bien du côté des employeurs que du côté des travailleurs, qui sont devenues de véritables lieux de négociation au niveau européen favorisant la conclusion d'accords qui pourront ensuite être mis en œuvre soit par une intervention « législative » des organes de l'Union, soit par le truchement des parlements nationaux des États membres. Tout cela a pour effet d'encourager et d'entretenir un dialogue constant entre les partenaires sociaux aussi bien au plan européen qu'entre le niveau européen et les acteurs dans chacun des États de la communauté.

L'interaction de tous ces acteurs et de tous ces mécanismes a, de toute évidence, favorisé l'émergence d'un droit communautaire et de droits nationaux visant à prendre en compte la situation des travailleurs atypiques. C'est pourquoi, on a vu apparaître tour à tour des instruments dont le but est d'assurer l'égalité de traitement des salariés à temps partiel, puis des salariés à contrats à durée déterminée, puis des propositions de réglementation des agences de travail temporaire, tout en favorisant l'accès de ces travailleurs à des emplois permanents de qualité. Certains États, qu'on pourrait sans doute qualifier de plus interventionnistes que d'autres, sont même allés jusqu'à prendre des initiatives pour

dissuader le plus possible les entreprises de recourir au travail précaire, sans pour autant l'interdire.

De ce côté-ci de l'Atlantique, force est de constater que les modes d'exercice de la représentation des travailleurs de même que l'élaboration des normes minimales de travail opèrent dans un tout autre contexte. La négociation collective fondée sur le monopole de la représentation syndicale au niveau de l'entreprise a, de toute évidence, ses mérites mais il faut reconnaître qu'elle constitue un mode peu adapté à la résolution de problèmes qui dépassent largement le cadre de l'unité de négociation telle que nous la connaissons. Le Québec dispose bien d'une loi unique en Amérique du Nord permettant la négociation et l'extension de certaines conditions de travail à l'ensemble des employeurs et des salariés d'un secteur d'activité mais il semble bien qu'en ces dernières années, elle a cessé de faire l'unanimité des parties et n'a eu pas la faveur des gouvernements qui se sont succédés.

Enfin, on doit noter le fait que les parties signataires de l'ANACT ne se sont donné aucun des moyens comparables à ceux dont disposent les partenaires européens pour procéder à une véritable harmonisation des lois du travail dans un sens qui vise à la fois à améliorer les conditions de travail des salariés et à ne pas placer les entreprises dans une position défavorable sur le plan de la concurrence. Et il y a tout lieu de croire qu'il n'en ira pas différemment avec la ZLÉA.

Cela dit, l'urgence d'apporter une solution aux problèmes que pose la situation des travailleurs atypiques n'est pas moins grande pour autant. On comprendra cependant que, dans ce contexte, l'importation pure et simple des instruments nationaux et internationaux mis au point en Europe dans le contexte qu'on vient de décrire risque de ne pas s'avérer très réaliste. Ces règles que la conjoncture sociale européenne a permis de développer au fil des ans doivent être considérées comme des objectifs à atteindre par d'autres voies plutôt que comme des solutions toutes faites qu'il suffirait de transposer dans notre droit.

Sans cesser d'être favorablement impressionnés par ces réalisations face à un problème commun, les membres du Comité ont préféré entreprendre une réflexion qui leur soit propre et qui est inspirée de deux sources.

D'abord, à partir des principes qui sous tendent les instruments que la communauté internationale s'est donnée à son plus haut niveau, soit celui de l'OIT. Ces instruments sont l'expression d'une sagesse qui se dégage des réflexions et des discussions qui se poursuivent au sein de ses organes tripartites où les représentants des travailleurs, des employeurs et des gouvernements essaient de faire consensus et de s'exprimer d'une voix commune par les Conventions et les Recommandations qu'ils adoptent à chaque année.

Ensuite, à partir d'une certaine conception de la personne humaine au travail, qui n'est pas une marchandise et qui ne doit pas être corvéable à merci. À cet égard, il n'y a pas de doute que les recommandations qui suivent et que le Comité a jugé à propos de soumettre à la réflexion du gouvernement et de la société civile impliquent des choix de société. Elles posent aussi la question de savoir si la réflexion sur la mondialisation et ses impératifs ne doit reposer que sur les besoins de flexibilité des entreprises pour faire face à la concurrence ou bien si elle peut s'étendre à la prise en compte des besoins de protection sociale de ceux et celles qui font les frais de cette flexibilité.

C'est pourquoi, malgré la diversité des besoins de ces personnes qui vivent une situation de travail atypique, le Comité a jugé à propos de retenir trois grands principes qui vont guider l'ensemble de ses recommandations. Le premier touche la qualification de la relation d'emploi, le second, la question de l'accessibilité à la protection sociale et le troisième, la question de la disparité dans les niveaux de protection sociale.

En conclusion, à la suite des recommandations, le Comité suggérera quelques pistes en vue de l'atteinte de ces objectifs et de la mise en œuvre des recommandations de la façon qui lui paraît la plus commode possible.

## **I- LES PRINCIPES DIRECTEURS**

Compte tenu de la diversité de situations de ceux et celles qui vivent du travail atypique, le Comité a écarté d'emblée la recherche d'une solution unique – certains diraient mur à mur – mais il a tenu, de façon à assurer une certaine cohérence à ses recommandations, à définir certains principes qui serviront de fil conducteur et deviendront les porteurs des recommandations.

### **A) Le caractère d'ordre public de la qualification de la relation d'emploi**

Ainsi qu'on a pu le constater à la lecture des précédents chapitres, les changements survenus dans l'organisation du travail au sein des entreprises ont eu une influence déterminante sur la multiplication des statuts d'emplois et sur la définition du type de relation qui s'établit entre les travailleurs, d'une part, et l'employeur ou le donneur d'ouvrage, d'autre part. Dans certains cas, ces changements se traduisent par une modification dans la durée du contrat de travail – à durée déterminée ou indéterminée, dans le lieu de travail – dans l'entreprise ou à domicile, dans la durée de la semaine de travail – à temps complet ou à temps partiel, dans la régularité de l'horaire de travail – occasionnel ou sur appel, dans le type de relation – bipartite ou triangulaire.

Si ces changements dans le mode de fourniture de la prestation de travail demeurent souvent à l'intérieur d'une relation dont la qualification de « salariat » ne fait pas de doute, il arrive fréquemment aussi que ces changements s'accompagnent d'une redéfinition de la relation d'emploi, de telle sorte qu'elle échappe à la couverture des lois sociales.

C'est ainsi, par exemple, que des employeurs ou des agents agissant pour eux, organisés ou non en réseau, retiennent les services de travailleurs au moyen de contrats que l'on

qualifie soit de « contrat d'entreprise », soit, plus couramment, de « contrat de sous-traitance ». Ces contrats comportent généralement des clauses qui ont pour objet de mettre en évidence l'autonomie ou la liberté dont dispose le travailleur dans le choix et la fourniture de l'équipement et des moyens, dans l'exécution du travail de même qu'un degré de responsabilité quant aux résultats. En somme, toute une série d'attributs qui caractérisent normalement l'entrepreneur, de telle sorte que la relation qui lie le travailleur à son ou ses donneurs d'ouvrage est ou a les apparences d'une relation commerciale plutôt qu'une relation de salariat. Les exemples sont nombreux, le plus récent rapporté par la presse étant celui des messagers à bicyclette.

En d'autres circonstances, nous assistons plutôt à une redéfinition de la relation à l'instigation de l'employeur et avec l'assentiment du salarié. En effet, il arrive qu'à l'occasion d'une réorganisation du travail, des employeurs se départissent d'une partie, sinon de la totalité, de leur équipement ou de leurs activités pour proposer à leurs salariés de s'en porter acquéreurs et de continuer de fournir leur prestation de travail dans le cadre d'une nouvelle relation, soit celle du travailleur devenu entrepreneur. Là-aussi, les exemples ont été nombreux dans l'histoire récente et rien ne permet de croire que le mouvement n'ira pas en s'accroissant. Qu'on pense, par exemple, aux sociétés de transport par camions qui se sont départies de leur flotte aux mains de leurs salariés, aux services informatiques de certaines sociétés, etc.

Ces redéfinitions de la relation d'emploi dans le cadre de ce qu'on appelle l'impartition, la sous-traitance, le travail autonome ou autrement ne sont pas sans conséquences eu égard au statut des personnes concernées ni à la protection sociale à laquelle elles peuvent prétendre.

En effet, du côté des employeurs, en plus de la flexibilité accrue qui découle de ces formes de relations d'emploi, il résulte une réduction des coûts des charges sociales, ces travailleurs indépendants n'ayant généralement pas accès aux régimes complémentaires de protection sociale existant dans les entreprises (régimes de retraite, assurances collectives, congés pour responsabilités parentales, etc.) et se trouvant exclus de certains



régimes publics (assurance emploi) ou devant payer plus chers pour en bénéficier (régime de rentes du Québec ou accidents du travail et maladies professionnelles). Cela signifie aussi que n'ayant pas le statut de salariés, ces personnes ne peuvent avoir recours à la représentation collective prévue au *Code du travail* pour défendre leurs intérêts économiques et professionnels.

C'est donc dire que cette redéfinition de la relation d'emploi n'a rien d'anodin.

Il importe donc de rappeler ici, – et c'est le premier principe directeur retenu par ce Comité d'experts – que la qualification juridique de la relation d'emploi ne saurait relever de la volonté des parties au contrat<sup>762</sup>.

En effet, compte tenu du fait que le statut de salarié constitue la principale porte d'entrée aux divers régimes de protection sociale et que cela émane de dispositions d'ordre public, seule l'autorité publique compétente est investie du pouvoir de qualifier juridiquement la relation qui existe entre un employeur ou un donneur d'ouvrage, d'une part, et un ou des travailleurs, d'autre part, en d'autres termes de déterminer si la qualification que les parties donnent de leur relation correspond bien à celle qui comporte les conséquences juridiques anticipées.

C'est donc dire que la qualification du contrat par les parties elles-mêmes doit être écartée. Selon l'approche depuis longtemps retenue par les décideurs, quel que soit le libellé du contrat ou les termes utilisés pour le constituer, cela ne saurait en aucune façon suffire à conclure qu'on est en présence d'une relation de travail ou d'une relation commerciale. Au-delà des mots, c'est la situation de travail elle-même de même que le

---

762. Sur ce point, la situation n'est pas différente en Europe peu importe qu'il s'agisse de pays de tradition civiliste ou de la common law. Voir 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 3 : « Il faut commencer par souligner fortement qu'aucun pays européen n'admet que les parties à une relation de travail soient maîtresses de la qualification juridique de cette relation, ce qui rendrait facultative l'application du droit du travail. Le principe demeure partout affirmé que l'indépendance ne dépend pas d'une qualification conventionnelle, mais d'une situation de fait. Ce principe doit être fermement maintenu, si l'on entend sanctionner les fraudes à la fausse indépendance et les pratiques de concurrence déloyale qui en résultent ».

comportement réel des parties qui doivent être pris en compte à partir des critères définis soit par la loi elle-même, soit par la jurisprudence.

Cela étant, il importe également, et pour le bénéfice des justiciables et pour celui des organismes décideurs, que le législateur s'exprime de la façon la plus claire possible sur ce qu'il entend par une relation de salariat de telle sorte qu'il n'y ait le moins d'ambiguïté possible ou que, le cas échéant, celle-ci puisse être levée rapidement.

## **B) L'accessibilité la plus générale possible**

L'accessibilité aux diverses protections sociales que sont la liberté d'association, des conditions de travail minimales décentes comprenant l'équité salariale homme-femme, la protection de la santé et de la sécurité au travail et la sécurité de revenu en cas d'accident du travail ou de maladie professionnelle ou lors de la retraite dépend essentiellement des statuts de salarié ou de travailleur et, dans certains cas, de travailleur autonome tels qu'ils sont définis par les lois pertinentes.

En matière d'accessibilité, le Comité retient comme première orientation devant guider ses recommandations que les droits ou protections acquises en vertu des régimes dans leur état actuel doivent minimalement être garanties, qu'ils soient reliés au statut de salarié ou travailleur ou à des statuts qui y sont assimilés ou encore à des statuts autres.

Par ailleurs, comme seconde orientation, le Comité considère que l'accessibilité aux régimes de protection sociale doit être la plus générale possible, c'est-à-dire que les régimes doivent rejoindre toutes les personnes qui éprouvent des besoins légitimes compatibles avec leurs objectifs. Il nous semble qu'il en va non seulement de l'intérêt des personnes qui vivent diverses situations de travail mais aussi de la société en général qui doit s'épargner les coûts de l'exclusion sociale et s'assurer d'une certaine cohésion et d'une certaine équité.

À l'égard de l'accessibilité la plus large possible aux régimes, il faut distinguer deux situations correspondant à deux types de statuts applicables à une personne qui fournit une prestation de travail moyennant rémunération : celui de salarié et celui de non-salarié.

Là où l'accessibilité dépend de la notion de salarié ou travailleur, la garantie d'accessibilité implique que l'on s'assure que cette notion soit élargie pour englober ceux qui sont factuellement dans une situation ou relation de travail qui entre dans la portée intentionnelle du régime et des protections qu'il dispense, ce qui vise notamment les faux autonomes ou faux indépendants. Dans ce cas, nous estimons qu'il est approprié de revoir les définitions actuelles afin, autant que possible, d'éliminer les exclusions artificielles, de réduire l'incertitude, de limiter les possibilités d'arbitraire ou d'incohérence, de prévenir les litiges générateurs de coûts et de délais portant sur la qualification juridique et de clarifier les situations pour éviter que des droits ne soient pas exercés par ignorance de la part de leurs titulaires.

Le Comité est toutefois conscient que tous ces objectifs ne peuvent être atteints par le seul moyen de la révision des définitions et qu'il y aura toujours matière à interprétation. Pour ces raisons, il faudra donc aussi s'assurer (1) que les instances dont c'est la mission auront toute la latitude nécessaire pour déterminer le statut donnant accès à un régime en fonction de l'accomplissement de ses finalités plutôt que de concepts juridiques théoriques qui lui seraient étrangers et (2) que le processus donnant lieu à cette opération de qualification soit clairement encadré pour éviter qu'il ne devienne lui-même un objet de litige.

Enfin, l'élargissement de la notion de salarié à l'égard de chaque régime pose, au nom de l'équité et de la cohérence, la question de l'uniformisation des définitions de statuts. Le Comité, tout en reconnaissant qu'elle est souhaitable, croit plus réaliste, afin de ne pas créer de nouvelles difficultés, de tendre vers l'harmonisation progressive de ces définitions permettant ainsi d'évaluer de façon plus éclairée les adaptations nécessaires dans le respect de la nature et des objectifs de chaque régime.

Par ailleurs, aussi large et englobante que puisse être une définition revue du statut de salarié-travailleur, il en résultera néanmoins que des personnes en seront exclues. Ces « non-salariés » qui ont en commun avec les salariés de fournir une prestation de travail moyennant rémunération participent autant qu'eux au marché du travail et, à ce titre, manifestent aussi des besoins légitimes de protection sociale que l'on ne saurait ignorer. D'ailleurs, certains régimes, par exemple en matière d'accidents du travail et des maladies professionnelles, leur reconnaissent un droit relatif de participation. Le Comité est d'avis que l'accessibilité doit être étendue aux autres régimes de protection sociale. Toutefois, cette extension doit tenir compte du fait que ces besoins varient selon les particularités de chaque situation ou type d'activité. C'est pourquoi des solutions adaptées et flexibles doivent être envisagées. Le Comité considère enfin que l'on doit privilégier des mécanismes qui permettent à des regroupements de personnes de se donner les moyens d'accéder à des régimes et niveaux de protection sociale correspondant à leurs besoins spécifiques comme on l'a d'ailleurs déjà fait pour certaines catégories professionnelles spécifiques de non-salariés qui bénéficient de régimes particuliers.

### **C) L'absence de discrimination fondée sur le statut d'emploi**

Le fait de rechercher l'accessibilité la plus large possible aux divers régimes de protection sociale en droit du travail pourra certes clarifier la situation de travailleurs dépendants qui pouvaient en être exclus dans la situation actuelle. Mais ce principe ne saurait suffire à lui seul à garantir une protection sociale adéquate à l'ensemble des personnes vivant une situation de travail non traditionnelle. En effet, le Comité a pu constater au cours de ses travaux que des déficits de protection sociale importants existent à l'intérieur même du groupe des travailleurs salariés qui ont pourtant accès à ces régimes de protection. Les exemples sont malheureusement légion: taux de salaires différents pour des salariés exécutant une tâche similaire dans un même établissement uniquement parce que l'un travaille à temps plein et l'autre à temps partiel; accès réduit

des travailleurs occasionnels à un régime d'assurance pourtant offert à tous les travailleurs d'une entreprise, même si ces travailleurs occasionnels gravitent autour de l'entreprise, de contrats en contrats, depuis des années; impossibilité pour des travailleurs occasionnels ou à temps partiel de se prévaloir des jours fériés et payés en principe accessibles à l'ensemble des salariés; difficulté de calculer une indemnité de remplacement du revenu qui tienne compte de la perte réelle subie par un salarié qui cumulait deux emplois atypiques au moment où il fut victime d'une lésion professionnelle; sans compter les nombreux problèmes qui affligent les salariés d'agences de placement. Il ne suffit donc pas que les travailleurs en situation de travail non traditionnelle aient accès aux régimes de protection sociale mis en place pour l'ensemble des salariés pour qu'ils bénéficient pleinement de la protection que ces régimes comportent. Il faut que ces régimes soient adaptés à la diversité des situations de travail à l'intérieur du salariat pour atteindre pleinement leurs objectifs de protection. Des obstacles existent à cet égard. Le Comité est convaincu qu'il est de son devoir d'en recommander l'élimination.

La situation actuelle porte atteinte à plusieurs égards aux valeurs d'équité et de dignité de la personne qui caractérisent l'évolution du droit québécois depuis 1964, année où était adoptée la *Loi concernant la discrimination dans l'emploi*<sup>763</sup> dans la foulée de la ratification par le Canada, la même année, de la *Convention internationale (no 111) concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession*. Cette quête d'égalité dans les milieux de travail n'a pas cessé depuis. Elle a donné lieu à l'adoption d'instruments législatifs comme la *Charte des droits et libertés de la personne* et la *Loi sur l'équité salariale* et à la négociation, dans les conventions collectives, de clauses affirmant le principe de la non-discrimination. Au cours des dernières années, des interventions législatives se sont attaquées à une forme de discrimination nouvelle, tenant non plus aux caractéristiques des travailleurs, mais à celles de leur situation de travail; ont ainsi été interdites les disparités de traitement dont étaient victimes certains travailleurs à temps partiel ou qui étaient fondées sur la date d'embauche.

---

763. L.Q. 1964, c. 46.

Il reste qu'en dépit de ces orientations fermes et constantes en faveur de l'égalité, plus du tiers de la population active n'accède pas pleinement à des normes d'un niveau équivalent à celles dont bénéficient leurs collègues exécutant un travail similaire pour le même employeur. Il ne s'agit pas d'un groupe de salariés appelé à disparaître ; son importance est restée stable malgré les variations dans les cycles économiques. Cette situation est d'autant plus préoccupante qu'elle atteint les salariés les plus vulnérables de notre société. S'il est vrai que le recours aux formes de travail atypique permet aux employeurs de disposer d'une flexibilité importante dans la gestion de leur personnel, cela ne doit pas se faire au prix d'un déficit de protection pour ces travailleurs.

C'est pourquoi le Comité fait de l'égalité de traitement entre les salariés, quelle que soit leur situation de travail, le troisième principe directeur qui orientera ses recommandations. Le défi est de taille et le Comité n'a pas la prétention de débusquer et de corriger toutes les sources d'inégalité de traitement fondées sur la situation de travail de ces personnes. Plus réalistement, le Comité entend faire de l'égalité de traitement entre les travailleurs un objectif à atteindre et proposer par ses recommandations diverses voies pour y parvenir.

## **II- LES RECOMMANDATIONS**

Compte tenu de la diversité des situations rencontrées en matière de situation de travail non traditionnelle, c'est en quatre volets que le Comité développe ses recommandations. Il sera d'abord question (A) de l'accessibilité aux divers régimes, puis nous aborderons (B) la question des niveaux de protection et les statuts d'emploi. Nous traiterons ensuite de la situation de deux groupes particuliers de travailleurs atypiques, les salariés des agences de travail temporaire (C) et les travailleurs autonomes (D).

### **A) Accessibilité aux divers régimes**

Les régimes étudiés par notre Comité n'excluent pas d'emblée une personne de leurs bénéficiaires en raison du fait que sa prestation de travail soit fournie selon une périodicité particulière (i.e. à temps partiel, sur appel ou occasionnel) ou pour une durée déterminée plutôt qu'indéterminée ou du fait que le travail soit exécuté hors de l'établissement (i.e. télétravail ou travail à domicile) ou à la suite d'un arrangement faisant intervenir un intermédiaire (i.e. agence de placement ou de travail temporaire). Toutes ces situations atypiques peuvent caractériser autant un travail salarié qu'un travail non-salarié. La problématique de l'accessibilité aux divers régimes examinés repose d'abord sur la question centrale de la distinction entre le salarié et le non-salarié que l'on identifie à l'entrepreneur indépendant ou au travailleur autonome.

Dans tous les pays industrialisés et dans tous les systèmes juridiques qui les gouvernent (i.e. principalement en common law et en droit civil codifié), on retrouve, en matière de régimes de relations de travail et de sécurité sociale, cette distinction entre le salarié et l'entrepreneur indépendant. Elle donne invariablement lieu au traitement de l'épineuse question de l'identification des « faux indépendants ». Elle sert aussi de référence pour élargir la couverture des régimes à ceux qui en seraient exclus soit par le recours à la

technique de l'assimilation au statut de salarié (accessibilité complète par le moyen d'une présomption de salariat ou autrement) dans certaines circonstances, soit par la création ou la reconnaissance de statuts distincts et particuliers donnant un accès partiel ou à des conditions différentes aux bénéficiaires d'un régime. Les régimes québécois de protection sociale pris dans leur ensemble ne font pas exception et reflètent ces divers phénomènes.

Considérant nos orientations en matière d'accessibilité et au regard de l'état de la question que nous avons dressé dans les chapitres précédents au sujet des différents statuts donnant accès aux régimes étudiés notamment quant à l'incidence déterminante de la distinction entre travail salarié et travail indépendant, notre analyse et nos recommandations porteront sur trois thèmes. Les deux premiers seront traités dans la présente section. Il s'agit, en premier lieu (1) des moyens d'assurer pleinement et de sécuriser juridiquement l'accessibilité à un régime pour ce qu'est devenu le véritable salarié et, en second lieu (2), de l'approche qui permettrait, dans la mesure où cela est pertinent, d'harmoniser les définitions propres aux divers régimes en fonction de la notion de salarié retenue à la première étape. La problématique soulève une troisième question qui est celle de l'accès aux régimes de protection sociale existants pour les travailleurs qui demeureront exclus de la notion retenue de salarié. Cet aspect sera examiné plus loin dans la section traitant du travail autonome.

#### 1- La notion de salarié en vertu du *Code du travail*

Compte tenu de l'état de la question au plan juridique, nous entreprenons l'analyse sous l'angle des régimes de rapports collectifs du travail et plus précisément de la notion de salarié en vertu du *Code du travail*. Ce choix se justifie amplement si l'on prend en considération les facteurs suivants. Tout d'abord, historiquement, c'est au sujet de ce régime que s'est développé à partir de 1964 la jurisprudence la plus abondante connaissant des cas les plus diversifiés et la plus approfondie en matière de distinction entre salarié et entrepreneur indépendant. Il n'est donc pas étonnant de constater que ce corpus juridique a servi de référence sinon de guide aux instances chargées d'interpréter des notions équivalentes ou originales à l'égard des autres régimes de protection sociale



pour effectuer la même opération de qualification juridique. Deuxièmement, c'est également à l'égard du *Code du travail* que se sont élaborées les revendications et les oppositions les plus documentées et les plus structurées sur la notion de salarié, sur l'opportunité de l'élargir ou non et sur la suffisance ou l'insuffisance de l'état du droit pour résoudre le problème des « faux indépendants ». On note en effet que les revendications et les critiques sur le même thème au sujet d'autres régimes sont souvent alignées sur celles qui ont cours relativement au *Code du travail*. Enfin, sur le fond, c'est-à-dire sur les enjeux substantiels de la portée de la notion de salarié en matière de protection sociale, le *Code du travail* représente une valeur fondamentale et assume une fonction stratégique. En effet, d'une part, il garantit le droit d'association qui est en soi une protection sociale et qui a la particularité d'avoir été élevé par les Chartes et divers instruments internationaux auxquels notre société adhère au rang de liberté fondamentale. En plus, d'autre part, le *Code du travail* permet la négociation collective qui est un moyen d'accéder à un niveau de protection sociale souvent plus élevé que celui des lois minimales d'ordre public. Depuis le Rapport Woods (1968) en particulier, entre ces deux modes de détermination des conditions de travail, il a été reconnu que les lois encourageant les libres négociations collectives représentent le système qui favorise le mieux le bien-être de tous, la paix sociale et des conditions de travail adaptées aux divers milieux tout en se situant dans la tradition de notre société. Ces orientations n'ont jamais été remises en cause et l'expérience a démontré que ce système s'adapte à diverses conjonctures économiques et que ses résultats ont souvent un effet de levier sur l'amélioration des niveaux de protection sociale établis par législation. Le sondage effectué pour le compte du ministère du Travail dans le cadre de nos travaux auprès des travailleurs atypiques (comprenant les travailleurs autonomes) tend d'ailleurs à confirmer qu'il y a un lien entre la représentation collective par une association accréditée ou une association professionnelle et une meilleure protection sociale<sup>764</sup>.

Retenant donc la notion de salarié en vertu du *Code du travail* comme le meilleur véhicule d'analyse, nous croyons utile de la situer par rapport à certains indicateurs révélateurs. Après un bref rappel des caractéristiques de sa définition (a), nous

---

764. Voir Chapitre 6 du présent rapport.

reviendrons sommairement sur l'interprétation qui en a été faite notamment en regard de la distinction entre salarié et entrepreneur indépendant (b); puis, nous ferons état de certaines revendications et tentatives controversées pour en élargir la portée (c); ensuite, nous examinerons les approches adoptées ailleurs qu'au Québec pour résoudre les mêmes difficultés (d) pour, enfin, évaluer certaines hypothèses et formuler nos recommandations (e).

#### a. Les caractéristiques de la définition actuelle

Seul le statut de « *salarié* » donne accès au Code et aucune autre disposition que sa définition à l'article 1 l) ne vient ajouter à cette définition sommaire : « *une personne qui travaille pour un employeur moyennant rémunération...* ». La définition de l'employeur (art. 1 k) n'ajoute rien, se contentant de boucler la boucle en stipulant qu'il s'agit de celui qui « *fait exécuter un travail par un salarié* ».

Ce type de définition engendre une approche basée sur la réalité factuelle de la situation et de la relation d'emploi. Il se distingue d'un autre type de définition employé dans le cadre d'autres régimes qui, faisant référence au « contrat de travail », renvoie, au plan de l'interprétation, au *Code civil du Québec*.

#### b. L'interprétation de la définition

La définition de cette notion de salarié et sa distinction par rapport à la notion d'entrepreneur indépendant ont été élaborées par la jurisprudence des instances spécialisées (CRT de l'époque des années 1960 puis commissaire du travail et Tribunal du travail), au cas par cas. Cette jurisprudence s'étale sur plusieurs décennies et elle est abondante. Une synthèse en a été tentée au Chapitre 2 du présent rapport. Cette synthèse qui est le résultat d'une compilation fait voir que « la jurisprudence » prend en considération une multitude de facteurs et d'indices. Un tel tableau, alignant des interprétations larges de la plupart de ces facteurs pourrait faire croire que l'on est parvenu à distinguer de façon efficace le faux du véritable travailleur indépendant, de

façon à accorder assez libéralement le droit d'association et l'accès à la négociation collective là où, dans d'autres systèmes, il aura fallu créer le concept d' «entrepreneur dépendant » pour parvenir aux mêmes résultats.

Une telle perception n'est fondée qu'en partie seulement. La synthèse offerte ne doit pas faire illusion dans la mesure où elle constitue une somme de cas d'espèce généralement retenus pour leur apport qualitatif original, quelquefois spectaculaire, à l'état du droit qui n'ont, juridiquement, aucune valeur de précédent.

Il y a donc lieu de tempérer la valeur de l'approche jurisprudentielle. Il est vrai que, vu la définition pour le moins elliptique qu'en donne le Code, la définition de la notion de salarié repose en grande partie sur la jurisprudence. Par ailleurs, il est inhérent à la méthode jurisprudentielle que de ne se prononcer que sur des cas d'espèce et, notamment dans le présent contexte, sans lignes directrices ou garantie de cohérence. La méthode casuistique peut offrir de la souplesse et de l'adaptabilité mais elle n'assure pas la prévisibilité des interprétations. La jurisprudence fournit en effet des exemples de revirements et de fluctuations à partir de situations de fait assez similaires pour que l'on puisse parler d'inconstance.<sup>765</sup>

Bien qu'il soit exact de prétendre que l'état du droit est assez bien fixé sur certains aspects et, en particulier, sur l'approche (i.e. on ne s'arrête pas au libellé des contrats mais on regarde plutôt la réalité de la relation et on examine le comportement des parties; aucun facteur pris isolément n'est déterminant en soi; il est essentiel que celui qui prétend au statut de salarié fournisse personnellement une prestation de travail; la rémunération est interprétée largement; le statut fiscal n'est généralement pas pertinent; etc.), il existe encore actuellement des flottements ou contradictions sur des concepts fondamentaux (i.e. sur le genre et le degré de contrôle à exiger; sur l'existence et sur la pertinence d'une distinction entre le contrôle et la subordination; sur le caractère déterminant ou non de la

---

765. Nous n'en voulons pour exemple que la longue série de décisions relatives aux vendeurs-livreurs salariés que l'on a voulu transformer en entrepreneurs indépendants, de l'affaire *J. J. Joubert* de 1965 à l'affaire *Natrel c. Tribunal du Travail* (C.A.) (2000) R.J.D.T. 445, précitées.

volonté des parties de s'engager dans un type de contrat et non dans un autre; sur l'impact de l'incorporation de celui qui fournit la prestation; sur la pertinence de déterminer s'il y a dépendance économique même en présence d'autres facteurs à considérer; sur la question de savoir si contrôler le résultat d'un travail signifie qu'il y a contrôle du travail; sur l'empêchement d'être reconnu comme salarié de celui qui, embauchant un aide et le rémunérant faiblement, se trouverait à faire un profit en augmentant ainsi sa part du revenu qu'il reçoit d'un donneur d'ouvrage; etc.). À ces carences ou incertitudes sur le fond, il faut ajouter, ce qui est plus consternant, qu'on se demande encore (et on débat encore de la question de savoir) qui doit assumer le fardeau de la preuve lorsqu'il s'agit de savoir si une personne est un salarié ou un entrepreneur indépendant. Notons enfin qu'aujourd'hui encore, on observe également des cas où il aura fallu plusieurs années de débats devant divers tribunaux avant que ne soit déterminé si certaines personnes ont droit au statut de salarié avec les coûts économiques, sociaux et humains que cela peut comporter.

c. Les revendications et tentatives controversées d'élargissement de la notion

Nous avons déjà fait brièvement état du Projet de loi n° 182 du 20 décembre 2000 visant à instituer une Commission des relations du travail et à amender diverses dispositions du *Code du travail*. Ce projet, abandonné au printemps 2001, instituait l'« entrepreneur ou prestataire de services dépendant » qu'il assimilait au salarié. Cette proposition fit l'objet de vives critiques autant du monde syndical que patronal. Elle ne fut pas reprise par le Projet de loi n° 31 qui institua finalement l'actuelle CRT. Cette controverse et cet abandon sont en partie à l'origine de la création de notre Comité dont le mandat est de revoir cette question, entre autres, selon une approche globale plutôt que parcellaire.

Pour mieux apprécier les représentations qui ont été faites à l'égard du Projet de loi n° 182, il convient de rappeler qu'il proposait la définition suivante :

« k.1) « entrepreneur ou prestataire de services dépendant » – une personne qui réalise un ouvrage matériel ou intellectuel pour une autre personne ou lui fournit un service dans un cadre et selon les méthodes et les moyens que cette autre personne détermine et qui, de l’avis de la Commission :

1° sont assimilables à ceux qui, en matière de direction ou de contrôle, sont généralement applicables à un salarié;

2° sont tels qu’elle est placée dans un état de dépendance d’ordre économique envers cette autre personne »;<sup>766</sup>

En plus, le projet modifiait la définition de l’employeur (i.e. art. 1 k), « quiconque (...) fait exécuter un travail par un salarié ») en y ajoutant le texte suivant :

« et, dans le cas d’un entrepreneur ou prestataire de services dépendant, a avec lui des liens tels, de l’avis de la Commission, que les modalités du contrat en vertu duquel celui-ci réalise pour lui un ouvrage ou lui fournit un service pourraient, en matière de conditions de travail, raisonnablement faire l’objet d’une négociation collective ».

Les milieux patronaux reprochèrent à la définition de l’entrepreneur ou prestataire de services dépendant de ne pas rendre compte de l’ensemble des critères élaborés par la jurisprudence pour distinguer le salarié de l’entrepreneur indépendant (ex. l’exclusivité de service, un pourcentage prépondérant du chiffre d’affaires, les risques de pertes et chances de profit, l’incorporation, l’emploi d’aides, l’existence d’investissements importants, etc.). On a représenté qu’elle risquait d’englober les vrais indépendants

---

766. Précité.

démarrant leur entreprise ou qui, à un moment donné, seraient économiquement dépendants parce qu'ils n'auraient qu'un seul client durant une certaine période. On a aussi estimé qu'elle était trop vague et susceptible d'exposer l'interprétation à des dérapages. On a également soutenu qu'il n'y avait pas lieu de légiférer ou d'imiter d'autres lois canadiennes (i.e. entrepreneur dépendant) puisque l'on trouvait dans notre jurisprudence tout de qu'il fallait pour distinguer les vrais des faux indépendants.

Du côté syndical, on en voulait particulièrement à l'introduction des notions de contrôle et de direction qui accordaient une place centrale à la notion de subordination juridique, ce qui constituait un recul par rapport à la jurisprudence actuelle et une nouvelle source de longues contestations. On préconisait de ne retenir que le critère de dépendance économique ou de s'aligner sur la définition et l'interprétation connue de l'entrepreneur dépendant élaborée ailleurs au Canada.

Ceci nous amène à examiner comment la même problématique est résolue ailleurs, dans d'autres systèmes juridiques comparables.

d. Les approches adoptées ailleurs qu'au Québec pour résoudre les mêmes difficultés

Nous avons, dans des chapitres précédents, fait état de la problématique de la distinction entre salarié et non-salarié dans divers autres systèmes de droit du travail.

On aura noté qu'en droit international, les instruments proclamant les droits fondamentaux du travail visent le travailleur et ne font pas la distinction entre travail salarié et travail indépendant.

Les pays d'Europe qui ont retenu notre attention ont tenté, en marge de l'interprétation de la notion de salarié par les tribunaux au moyen du « faisceau d'indices », d'élargir cette notion de salarié par voie législative selon diverses approches. Dans certains cas, la loi a expressément conféré le statut de salarié à certaines catégories professionnelles bien identifiées. Dans d'autres cas, la loi édicte un certain nombre de critères bien précis qui

doivent être satisfaits en majorité pour que s'applique une présomption de salariat. Dans un autre cas, on a plutôt identifié des critères dont on ne doit pas tenir compte. Enfin, l'Italie et l'Allemagne ont opté pour la création de statuts intermédiaires soit, respectivement, le « collaborateur coordonné continu » et le « quasi-salarié » auquel sont accordés certains droits et recours. Malgré l'intérêt que peuvent représenter ces diverses approches et techniques, le Comité considère qu'elles ne sont pas transposables dans notre contexte. Il faut être conscient que, dans ces pays, le statut de salarié détermine non seulement l'accès aux lois du travail mais aussi à tout un système de sécurité sociale beaucoup plus intégré qu'ici. Au demeurant, c'est souvent pour donner accès à ces régimes de protection sociale (ex. retraite) que l'on a élargi la notion de salarié à certaines professions. Par ailleurs, il ne nous semble pas souhaitable que la définition de salarié soit affublée d'une énumération de nombreux critères spécifiques qui, en fait, sont pour la plupart de simples indices qu'il vaut mieux soupeser que comptabiliser.

Nous avons aussi examiné l'approche étatsunienne excluant expressément l'entrepreneur indépendant sans le définir. Si l'on vise à élargir et à clarifier la notion de salarié en droit québécois, cette approche doit être écartée comme modèle. Au plan de l'interprétation, la définition retenue se fonde essentiellement sur des notions de common law et empêche de privilégier l'accomplissement des finalités du régime. De plus, au plan pratique, elle a produit une jurisprudence hautement incertaine et souvent contradictoire.

Par ailleurs, les approches préconisées par les lois de rapports collectifs du travail canadiennes présentent davantage d'intérêt en termes de comparabilité. Ces lois ont les mêmes racines historiques, elles ont évolué dans le même contexte socio-économique et elles traduisent des valeurs sociales communes. De plus, dans le cas du *Code canadien du travail*, il y a non seulement lieu à comparaison mais aussi à arrimage. En effet, il peut arriver, par exemple, qu'une entreprise située au Québec soit assujettie au Code fédéral et qu'à la faveur d'une réorganisation, elle passe en tout ou en partie sous compétence québécoise. Cette hypothèse est d'ailleurs, en matière de maintien d'une accréditation, déjà régie par les deux codes du travail. La question pourrait donc se poser de savoir si

celui qui était entrepreneur dépendant au sens du *Code canadien du travail* sera reconnu comme salarié au sens de notre *Code du travail*.

L'examen des législations canadiennes démontre que, contrairement à ce qui est le cas pour le *Code du travail* du Québec, on s'est spécifiquement intéressé à résoudre législativement le cas des faux indépendants et l'élargissement de la notion de salarié prônée par le Rapport Woods. À cet égard, deux types de solution se dégagent : (1) Le fédéral, l'Ontario, la Colombie-Britannique, entre autres provinces, ont opté pour le concept d'entrepreneur dépendant que l'on assimile au salarié; (2) La Saskatchewan et le Manitoba ont opté pour une définition privilégiant plutôt les finalités du régime de rapports collectifs.

Préalablement à la caractérisation de chacune de ces approches, notons qu'elles présentent deux importants aspects communs. Premièrement, toutes ces lois comportent une définition sommaire du terme « employé » (i.e. salarié) tout à fait semblable à celle du Code québécois : une personne accomplissant un travail pour autrui moyennant rémunération. Deuxièmement, et cette fois contrairement au Code québécois qui est silencieux à cet égard et à la loi américaine qui emprunte une voie opposée, ces définitions, par des formulations diverses,<sup>767</sup> manifestent une volonté explicite et expresse de s'affranchir des notions de la common law pour définir le salarié.

L'approche retenue par les régimes fédéral, d'Ontario et de Colombie-Britannique consiste à créer, en marge du statut de salarié, un statut d'entrepreneur dépendant et à assimiler l'entrepreneur dépendant au salarié. Au plan de la substance, les définitions de

---

767. Fédéral : « la personne qui exécute, qu'elle soit employée ou non en vertu d'un contrat de travail... », *Code canadien du travail*, S.R.C., c. L-2, art 3 sous « entrepreneur dépendant »; Ontario : « Quiconque, employé ou non aux termes d'un contrat de travail... », *Loi de 1995 sur les relations du travail*, L.O. 1995, chap. 1, annexe A, art. 1 (1) sous « entrepreneur dépendant » ; idem pour la Colombie-Britannique, *Labour Relations Code*, R.S.B.C. 1996, c. 244, art. 1 (1) sous « dependent contractor » ; Saskatchewan : « notwithstanding that for the purpose of determining whether or not the person to whom he provides his services is vicariously liable for his acts or omissions he may be held to be an independent contractor... », *Trade Union Act*, 1978 R.S.S., c. T-17, art. 2 f) sous « employee »; Manitoba : « notwithstanding that the person to whom the employee provides services is not vicariously liable for the employee's acts or omissions.. », *Labour Relations Act*, C.C..S.M., c. L-10, art. 1 sous « employee ».



l'entrepreneur dépendant ont les caractéristiques communes suivantes : (1) elles écartent expressément le critère de propriété des outils (hérité du *fourfold test*) comme critère déterminant ; (2) elles retiennent par ailleurs que la personne doit être dans l'obligation d'accomplir un travail pour une autre et (3) elles introduisent le critère de dépendance économique (i.e. exécution d'un travail selon des conditions ou modalités telles que le prestataire sera dans une situation de dépendance économique). Les définitions d'Ontario et de Colombie-Britannique ajoutent que les «fonctions» (traduction approximative de «*duties*») accomplies s'apparentent davantage à celles d'un employé qu'à celles d'un entrepreneur indépendant. Nous avons déjà mentionné que le mérite de l'approche créant le statut d'entrepreneur dépendant a fait l'objet d'opinions partagées. Alors que certains y ont vu un développement inutile, d'autres spécialistes ont plutôt considéré que ce concept a sensibilisé les instances aux aspects économiques de la relation entre deux parties et les a incitées à prendre leurs distances par rapport aux catégories de common law ; d'aucuns soutiennent qu'il a simplement favorisé l'inclusion dans les cas frontières ou douteux.

Avant d'aborder la seconde approche, il importe de souligner que le *Code canadien du travail* favorise une interprétation élargie de la notion d'employé par un autre moyen que le concept d'entrepreneur dépendant. En effet, sans égard à cette notion, le terme «employé» a aussi été interprété en fonction du Préambule de la Partie I (rapports collectifs) du Code. Dans ce contexte, on a écarté la distinction de droit commun entre le salarié et l'entrepreneur indépendant comme guide d'interprétation pour le motif que les objectifs du Code (i.e. redresser le déséquilibre économique qui existe entre l'employeur ou donneur d'ouvrage et l'exécutant du travail et donner accès à la négociation collective au plus grand nombre de personnes qui sont dans un état de dépendance économique par rapport à cet employeur ou donneur d'ouvrage) n'ont rien à voir avec les origines de la distinction en droit commun. On a également défini comme économiquement dépendant celui qui a intérêt à se regrouper afin de fixer ses conditions de travail. C'est ainsi que l'on a considéré que des pigistes étaient des employés parce qu'ils étaient intégrés à l'organisation de la partie qui utilisait leurs services, parce qu'ils étaient dans un état de

subordination juridique ou économique par rapport à cette partie et parce qu'ils étaient sous son contrôle et incapables de négocier d'égal à égal avec elle.<sup>768</sup>

L'approche retenue par les lois de Saskatchewan et du Manitoba ignore le concept d'entrepreneur dépendant et privilégie plutôt les finalités de la loi. L'employé est toute personne employée pour effectuer un travail qui est désignée comme tel par l'instance pour les fins de la loi (*for the purposes of this Act*). Cela pose évidemment la question de savoir quels sont les objectifs que la loi proclame. À cet égard, la loi de Saskatchewan semble plus explicite sans toutefois prêter à un réel élargissement.<sup>769</sup> Toutefois la loi de Saskatchewan, contrairement à la loi manitobaine, ajoute substantiellement à la définition du terme «employé » en prévoyant qu'il signifie également la personne qui est engagée par une autre personne pour lui fournir des services et dont la relation avec cette autre personne est telle que les termes du contrat avec cette autre personne peuvent être matière à négociation collective (*the terms of the contract between them can be the subject of collective bargaining*). Ce genre d'approche est considéré par certains comme mieux adaptée que celle de l'entrepreneur dépendant parce que plus flexible et soucieuse des objectifs de la loi. On relève toutefois qu'elle confère une discrétion quasi illimitée à l'instance chargée d'interpréter la définition.

De l'examen des approches canadiennes qui offrent, rappelons-le, les meilleures garanties de pertinence et de comparabilité, le Comité retient que, peu importe le modèle analysé, elles sont plus inclusives et explicites que la définition québécoise qui ignore le concept

---

768. Décision *Société Radio-Canada*, précitée.

769. Saskatchewan, *Trade Union Act*, 1978 R.S.S., c. T-17 : titre de la loi : « An Act respecting Trade Unions and the Right of Employees to organize in Trade Unions of their own choosing for the Purpose of Bargaining Collectively with their Employers »; (art. 2 b) : « *bargaining collectively* means negotiating in good faith with a view to the conclusion of a collective bargaining agreement, or a renewal or revision of a bargaining agreement, the embodiment in writing or writings of the terms of agreement arrived at in negotiations or required to be inserted in a collective bargaining agreement by this Act, the execution by or on behalf of the parties of such agreement, and the negotiating from time to time for the settlement of disputes and grievances of employees covered by the agreement or represented by a trade union representing the majority of employees in an appropriate unit; »; Manitoba, *Labour Relations Act*, C.C.S.M., c. L-10 : préambule de la loi : « WHEREAS it is in the public interest of the Province of Manitoba to further harmonious relations between employers and employees by encouraging the practice and procedure of collective bargaining between employers and unions as the freely designated representatives of employees ».

d'entrepreneur dépendant et ne fait aucune référence soit à la dépendance économique, soit à la praticabilité de la négociation collective, soit aux finalités de la loi ou du régime. Incidemment, notre *Code du travail* ne comporte aucun préambule ou déclaration d'objectifs.

e. Évaluation et recommandations

Conformément aux orientations découlant de notre principe directeur en matière d'accessibilité et s'agissant ici du *Code du travail*, le Comité considère que la définition du terme «salarié » doit être révisée afin de s'assurer que l'on donne accès à tous ceux qui entrent dans la portée intentionnelle de cette loi affirmant le droit d'association et le droit à la négociation collective des personnes fournissant, moyennant rémunération, une prestation de travail bénéficiant à une autre personne dans une relation ou un cadre caractérisé par une dépendance, c'est-à-dire dans une situation ne permettant pas d'en négocier les conditions d'égal à égal sur une base individuelle.

Nos recommandations porteront sur deux objets principaux à savoir (i) la définition législative de la notion de salarié et (ii) l'encadrement par la loi de son mécanisme d'interprétation.

i. La définition

Nous nous proposons d'examiner ici diverses hypothèses découlant de l'exposé qui précède dans le but de déterminer les éléments que devrait comporter une définition révisée de la notion de salarié. Il ne nous apparaît pas approprié de recommander un texte définitif de cette définition étant conscient qu'un tel travail exige des vérifications techniques pour lesquelles nous ne prétendons à aucune expertise particulière.

1°) Le maintien des éléments de la définition actuelle et de l'approche factuelle

Comme premier élément, le Comité considère qu'il importe de conserver comme base d'une définition révisée les éléments de la définition actuelle du terme « salarié », à savoir une personne qui travaille pour autrui, pour une autre personne ou pour un employeur moyennant rémunération. Ce genre de libellé favorise une approche factuelle basée sur la réalité de la situation et de la relation de travail qui doit être maintenue.

2°) L'autonomie juridique de la définition

Comme second élément, le Comité considère que l'approche factuelle doit être renforcée en précisant expressément dans le libellé de la définition que celle-ci s'applique sans égard à la définition du contrat de travail du *Code civil du Québec* axée sur l'élément de subordination juridique (sous la direction et le contrôle de l'employeur). En cela, notre définition rejoindrait celles des autres codes du travail au Canada (fédéral, Ontario, Colombie-Britannique, Saskatchewan, Manitoba) qui ont en commun d'affranchir explicitement leur définition de celles qui proviennent de la common law. Une affirmation de la distance que l'on entend prendre par rapport aux catégories de droit civil est d'autant plus souhaitable qu'avec notre nouveau *Code civil du Québec*, la portée du contrat d'entreprise semble s'être élargie. C'est notamment le cas de l'obligation de résultat qui caractérisait auparavant le contrat d'entreprise et qui est maintenant considérée comme une simple modalité facultative de ce type de contrat. Ainsi, selon le *Code civil*, il se peut donc que l'entrepreneur « ne soit pas tenu du résultat »;<sup>770</sup> s'il ne l'est pas, il sera simplement tenu d'une obligation de moyen comme le salarié en vertu du contrat de travail, ce qui contribue à élargir la portée du contrat d'entreprise. La formulation traduisant le mieux l'objectif d'éviter de mettre la notion de salarié en vertu du *Code du travail* à la remorque des catégories de droit civil serait du type « qu'elle soit salariée ou non en vertu d'un contrat de travail ».

---

770. C.c.Q., art. 2100.

Corollairement, par souci de cohérence et pour éviter des impasses au plan de l'interprétation, il ne faudrait pas faire indirectement ce que l'on aurait renoncé à faire directement. Ce serait le cas si, écartant le contrat de travail au sens du *Code civil* comme un déterminant de la notion de salarié, il arrivait qu'ailleurs dans la définition on introduise les notions de contrôle et de direction, donc de subordination juridique, qui caractérisent la définition du *Code civil* comme ce fut malheureusement le cas dans la définition proposée par le Projet de loi n° 182. Il importe de réaliser que la notion de salarié en vertu du *Code du travail* comprend le contrat de travail au sens du *Code civil* mais qu'elle ne s'y limite pas. Il faut donc éviter de réduire sous prétexte de préciser. Enfin, il faudrait prendre garde à ce que, collatéralement, par d'autres dispositions de la loi, on ne vienne pas réintroduire des catégories de droit civil (ex. allusion au contrat d'entreprise ou de services).

### 3°) L'entrepreneur dépendant et la dépendance économique

Le critère de dépendance économique revient dans les régimes qui ont choisi d'intégrer le concept d'entrepreneur dépendant et qui l'assimilent à l'employé ou au salarié. Le Comité est d'avis que cette double technique (i.e. créer et définir un statut distinct puis recourir à l'assimilation) est lourde, inutile et possiblement génératrice de confusion. En créant un statut distinct, on postule que l'on élargit la définition à des situations qui, antérieurement, n'étaient pas couvertes par la définition de salarié. Or cela est souvent faux et ce le serait certainement en ce qui concerne la jurisprudence québécoise après 40 ans d'interprétation du terme salarié au regard des situations les plus diverses. Nous recommandons donc que l'on s'en tienne à un statut donnant accès au *Code du travail*, celui de salarié et d'adapter sa définition.

L'élargissement de la notion de salarié passe nécessairement par la reconnaissance de la dépendance économique comme un critère pertinent de la définition du statut de salarié. D'une part, il ne faut pas exagérer la portée d'un tel critère au point d'anticiper un bouleversement de l'état du droit en matière d'interprétation de la notion de salarié. Dans

tous les régimes où ce critère figure, il est établi unanimement et depuis longtemps que la dépendance économique à elle seule ne suffit pas à conférer le statut de salarié.

D'autre part, l'expression « dépendance économique » ne vient pas seule. Elle est arrimée au fait qu'une personne s'oblige à fournir et fournit effectivement une prestation de travail pour une autre personne dans un cadre ou selon des modalités telles qu'elle est placée sous la dépendance économique de cette dernière. C'est dans ce contexte et dans cet encadrement que la dépendance économique intervient et qu'il est pertinent et équitable de la prendre en considération.

Le Comité considère que l'introduction de ce critère dans le contexte ci-haut mentionné serait une mesure de consolidation et, éventuellement, d'élargissement justifié en matière d'accessibilité au *Code du travail*. Il légitimerait et obligerait à la fois l'instance à prendre en considération une série de facteurs économiques ce qui ne rendrait que plus complète l'analyse factuelle de la réalité de la situation et de la relation de travail entre deux parties tout en faisant mieux ressortir les besoins de protection reliés à la dépendance qui sont au cœur du statut de salarié pour lequel le *Code du travail* a été conçu.

#### 4°) Les finalités de la loi comme critère

Malgré l'intérêt que peut représenter cette approche, le Comité croit qu'il ne serait pas approprié de la recommander et ce, pour deux raisons majeures.

Premièrement, tel que souligné plus haut, la mise en œuvre de cette approche est radicalement compromise du fait que notre Code ne comporte aucune déclaration d'intentions ou d'objectifs. Au demeurant, force est de reconnaître que les partenaires sociaux n'ont pas une vision commune de ses finalités, certains le considérant comme une loi sociale favorisant le libre exercice du droit d'association et de la négociation collective, d'autres y voyant strictement une loi organisant des rapports ordonnés entre les parties. Il ne nous appartient pas de trancher une question de politique publique aussi

fondamentale et il nous apparaît hors de proportion de nous saisir de ce thème afin de résoudre la question de la définition du salarié.

En second lieu, même si une telle déclaration d'objectifs existait, il serait toujours loisible à l'instance chargée de l'application de la loi d'en user pour interpréter quelque disposition que ce soit de cette loi, y compris la notion de salarié. Mais il y a une marge entre ce pouvoir général et la référence directe et mandatoire aux finalités de la loi dans le cadre d'une définition spécifique. En intégrant ce critère à la définition du salarié, on obligerait l'instance à porter un jugement prospectif sur l'applicabilité du Code à certaines situations, ce qui l'amènerait sur un terrain difficile à baliser objectivement et comportant des dangers d'arbitraire. Ce n'est pas que de telles considérations doivent être ignorées ou que l'instance doit être privée de les prendre en considération mais il ne nous semble pas souhaitable d'en faire une condition d'accès au statut de salarié.

#### 5°) Les autres critères ou indices

Le Comité a examiné certains autres éléments de définition que l'on retrouve soit dans les lois canadiennes, soit dans certaines lois québécoises du travail qui codifient en partie la jurisprudence sur certains critères qui, d'ailleurs, ne font pas l'unanimité. Ces critères ou indices élevés au rang d'éléments de définition contraignants pour l'interprète portent, entre autres, sur la fourniture d'équipements, outils ou autres intrants, sur le fait que le prestataire devrait fournir son travail selon les méthodes et les moyens déterminés par le bénéficiaire de cette prestation, sur le fait que le prestataire ne devrait pas avoir un salarié à son emploi, qu'il devrait exercer des activités similaires ou connexes à celles de l'entreprise à laquelle il fournit du travail, qu'il ne devrait pas exercer ses activités simultanément ou à tour de rôle pour plusieurs personnes, que ses activités ne devraient pas être que sporadiquement requises par la personne qui retient ses services, etc.

Le Comité considère que ce serait alourdir et miner l'exercice de détermination de ce statut de salarié que de faire intervenir de tels critères qui sont trop spécifiques et qui ne font pas l'unanimité en jurisprudence. En définissant le statut de salarié au moyen de

modalités, on risque de favoriser des techniques artificielles d'exclusion plutôt que de favoriser une analyse globale allant à l'essentiel de la notion de salarié. Il est préférable de laisser à l'instance chargée d'appliquer la définition le soin de prendre en considération et de pondérer selon le contexte ces divers indices dans une appréciation d'ensemble.

### **RECOMMANDATION N° 1**

Que la définition du «salarié » en vertu du *Code du travail* soit révisée et ne comprenne que les éléments suivants :

- 1) une personne qui travaille pour une autre personne moyennant rémunération;
- 2) que cette personne soit salariée ou non en vertu d'un contrat de travail;
- 3) et qui s'oblige à fournir personnellement une prestation de travail pour cette autre personne dans un cadre ou selon des modalités telles qu'elle est placée sous la dépendance économique de cette dernière.

#### ii. L'encadrement du mécanisme d'interprétation

##### 1°) La compétence de l'instance

Dans le cadre de la définition retenue, la compétence de l'instance chargée de l'interpréter doit être garantie et son expertise pleinement reconnue. C'est pourquoi nous recommandons que le texte de la définition comporte une mention affirmant et garantissant cette expertise et cette compétence. Cet objectif serait atteint en introduisant une expression du type : «salarié : la personne qui, de l'avis de la Commission, ... ».



Semblable mention (i.e. « *une personne qui, au jugement de la Commission, ...* » est d'ailleurs déjà utilisée pour les fins de la détermination de certaines catégories de personnes qui sont exclues de la notion de salarié (article 1 paragr. 1), sous-paragr. 1° et 3°, C.t.). Il serait plus logique que la même latitude s'applique à l'ensemble de la définition sous peine de faire croire qu'elle serait limitée à une catégorie d'exclusion. Pareille modification sécuriserait juridiquement l'interprétation.

## **RECOMMANDATION N° 2**

Qu'à l'égard du *Code du travail*, l'expression « *une personne qui, au jugement de la Commission, ...* » s'applique à l'ensemble de la notion de salarié de façon à ce que la compétence et l'expertise de l'instance soient reconnues et garanties.

### 2°) Le fardeau de la preuve

Nous avons déjà signalé que la jurisprudence sur la question de savoir à qui il incombe de prouver qu'une personne est ou n'est pas salariée ne fait pas l'unanimité en jurisprudence. Selon le Comité, une telle situation est tout à fait indésirable et préjudiciable aux deux parties qui se présentent devant une instance. Nous recommandons donc que la loi en dispose expressément.

Poser la question du fardeau de preuve, c'est, ultimement, poser la question de savoir à qui bénéficiera le doute devant deux preuves également convaincantes. Dans le cadre d'une loi à finalité protectrice, s'il subsistait un doute, il devrait bénéficier à celui qui tente d'exercer un droit et d'acquérir la protection sociale qui en découle.

Le Comité recommande donc que l'on instaure une présomption de salariat à l'égard de celui qui, dans un premier temps, établirait, à la satisfaction de l'instance, qu'il fournit

une prestation de travail pour autre personne moyennant rémunération. Il s'agirait d'une présomption simple. C'est dire qu'une fois ces éléments (prestation de travail par une personne pour une autre personne moyennant rémunération) établis, il y aurait présomption que la personne est un salarié et que l'autre personne est son employeur ; il incomberait ensuite à cet employeur présumé d'établir que l'autre n'est pas un salarié au sens de la définition qu'en donne la loi.

### **RECOMMANDATION N° 3**

Qu'à l'égard du *Code du travail*, une présomption simple de relation salarié-employeur soit instaurée en faveur de la personne qui établit qu'elle fournit personnellement une prestation de travail pour une autre personne moyennant rémunération.

#### 2- L'harmonisation de la notion de salarié par rapport aux divers régimes

La problématique de la distinction entre salarié et entrepreneur n'existe pas qu'à l'égard du *Code du travail*. Elle est présente dans la plupart des régimes de protection sociale que nous avons examinés quoiqu'elle ne se pose pas toujours, loin de là, dans les mêmes termes. Nous avons en effet rendu compte d'un bon nombre de définitions s'appliquant à divers statuts empruntant des appellations variées. Malgré cette disparité, on note cependant de nombreux recouvrements et plusieurs similitudes dans les définitions de statuts d'un régime à l'autre. Il ne faut pas perdre de vue que, fondamentalement, la plupart d'entre eux visent une relation de salariat. On ne se surprendra donc pas que l'on retrouve à l'égard de ces statuts les mêmes revendications et les mêmes controverses que celles rencontrées au sujet du statut de salarié en vertu du *Code du travail*. Dans la mesure où les mêmes difficultés se présentent dans divers régimes, il est logique que les mêmes solutions soient envisagées et que se pose, au nom de la cohérence et de la parité de traitement, la question de l'uniformisation.

Même si l'uniformisation de la notion de salarié d'un régime à l'autre a été souvent souhaitée et qu'elle est susceptible de présenter des avantages au nom de l'équité pour certains, au plan administratif pour d'autres, elle ne constitue pas, de notre point de vue, un objectif en soi pour la raison que chaque régime poursuit des finalités qui lui sont propres et détermine en conséquence les statuts donnant accès aux droits, obligations et protections qu'ils prévoient. Par ailleurs, là où les différences ne sont pas justifiées par ces objectifs, il y aurait lieu d'uniformiser et, même si des différences sont justifiées, il serait souhaitable qu'il y ait harmonisation par rapport à une définition-phare dans la mesure où l'atteinte des objectifs du régime ne serait pas compromise et où des situations de droits acquis ne seraient pas perdues.

Notre Comité considère que l'harmonisation est souhaitable mais que, pour y parvenir, certaines précautions s'imposent. Partant de la définition dont nous avons élaboré les éléments essentiels à propos du *Code du travail*, il faut se demander, dans le cas de chaque régime, si elle est transposable, dans quelle mesure et avec quelles adaptations le cas échéant. L'implantation de nos recommandations ne pourra se réaliser en une seule opération pour tous les régimes impliqués sans risque, dans certains cas du moins, de déstabiliser l'état du droit et d'affecter des situations acquises; sans compter qu'au plan législatif et politique, la révision simultanée des statuts créés par tous ces régimes semble peu réaliste. Il faut donc envisager une harmonisation progressive ou par étape.

Les régimes dont il est question ici peuvent être regroupés en trois catégories. Il y a tout d'abord les régimes qui ne comportent qu'un statut, soit celui de salarié ou son équivalent sous d'autres appellations; cette catégorie comprend la *Loi sur les normes du travail* et la *Loi sur les décrets de convention collective*. Ensuite, il y a les régimes qui, en plus de reconnaître ce statut de salarié, comportent des statuts intermédiaires à partir du concept de travailleur autonome; nous rangeons dans cette catégorie la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, la *Loi sur l'équité salariale* et la *Loi sur la santé et la sécurité du travail*. Enfin, il y a les régimes assurant une protection sociale en matière de retraite pour lesquels la problématique de la distinction des statuts est moins

fondamentale; il s'agit de la *Loi sur le régime des rentes du Québec* et la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*.

Chaque catégorie présente un degré variable de complexité eu égard à une éventuelle harmonisation. Il est en effet plus simple d'envisager la modification de la définition d'un statut lorsque le régime n'en comporte qu'un seul qui équivaut à celui de salarié en vertu du *Code du travail*. L'opération est plus complexe lorsqu'un autre statut s'ajoute surtout lorsque ce nouveau statut (i.e. le travailleur autonome) fait l'objet de distinctions selon certains critères, distinctions qui engendreront un traitement différencié par le régime. En ce qui concerne les lois régissant la protection sociale en matière de retraite, la question de l'harmonisation ne se pose pas avec la même pertinence et la même acuité.

En effet, la *Loi sur le régime des rentes du Québec* couvre tous les «travailleurs», qu'ils soient salariés ou travailleurs autonomes. L'enjeu de la distinction entre ces deux catégories se situe au niveau de l'imputation de la cotisation: elle sera payée à parts égales entre l'employeur et le salarié tandis qu'elle sera totalement assumée par le travailleur autonome. La qualification du statut se fait en fonction des critères appliqués en matière de fiscalité. D'ailleurs, celui qui est considéré comme travailleur autonome aux fins de la *Loi sur l'impôt* le sera automatiquement pour les fins du Régime des rentes du Québec. Malgré que ces critères soient très similaires à ceux qui sont utilisés en droit du travail, il est bien établi par la jurisprudence, de part et d'autre, que le statut reconnu dans un domaine ne détermine pas le statut dans l'autre. Il n'y a donc pas lieu de rechercher une harmonisation entre ces deux domaines.

Quant à la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite* (L.r.c.r.), elle est d'abord et avant tout conçue pour s'appliquer au travail salarié (i.e. «travailleur» qui, pour son travail, se présente à l'établissement de son employeur ou, à défaut, reçoit sa rémunération de cet établissement) ce qui exclut en principe le travailleur non-salarié sauf si la personne qui bénéficie de ses services cotise effectivement à un régime pour son compte. Dans ce cas, le bénéficiaire des services du travailleur autonome est réputé être son employeur. L'accessibilité à un régime complémentaire de retraite dépend donc

essentiellement, si l'on fait abstraction de ses conditions propres et spécifiques d'admissibilité, de l'état de salarié de fait qui lui-même découle des statuts déterminés en vertu des lois fondamentales du travail telles que la *Loi sur les normes du travail* ou le *Code du travail*. Pour cette raison, le Comité ne croit pas utile de formuler de recommandation relativement à une harmonisation de la notion de «travailleur» en vertu de la L.r.c.r., estimant que ses recommandations relatives à la notion de salarié en vertu des lois fondamentales du travail disposeront automatiquement de la portée de la notion de travailleur en vertu de ce régime.

Par ailleurs, la question des cotisations imposées au travailleur autonome en vertu du Régime des rentes du Québec ainsi que le thème des besoins de cette catégorie de travailleurs en matière de régimes complémentaires de retraite ont fait l'objet de représentations devant le Comité. Ces aspects seront traités plus loin dans la section réservée au travail autonome.

Nous examinerons donc ci-après (a.) les régimes ne comportant qu'un statut, celui de salarié, leur donnant accès puis (b.) les régimes prévoyant un statut de travailleur autonome en plus du statut de base de travailleur-salarié. La description des statuts en cause dans chaque régime ayant déjà été faite au Chapitre 2 du présent rapport, nous nous contenterons de rappels sommaires essentiels à la compréhension de nos recommandations.

a. Les régimes ne comportant que le statut de salarié

i. La *Loi sur les normes du travail*

Cette loi adopte une définition de base du salarié pratiquement similaire à celle du *Code du travail* : «une personne qui travaille pour un employeur et qui a droit à un salaire».<sup>771</sup> Cette définition comprend également le «travailleur» qu'elle définit comme partie à un contrat dont un des éléments se rapproche nettement du contrat de travail («il s'oblige

---

771. L.n.t., art. 1, paragr. 10°.

envers une personne à exécuter un travail déterminé dans le cadre et selon les méthodes et les moyens que cette personne détermine ») ; elle précise que la propriété des outils ne sera pas un facteur d'exclusion tout en réitérant un élément de subordination juridique (« il s'oblige à fournir, pour l'exécution du contrat, le matériel, l'équipement, les matières premières ou la marchandise choisis par cette personne, et à les utiliser de la façon qu'elle indique ») ; elle prévoit enfin que la rémunération sera la somme reçue moins les frais d'exécution.

Même si cette définition reprend certains éléments du concept d'entrepreneur dépendant dont nous avons déjà traité plus haut, elle n'en est aucunement l'équivalent pour deux raisons. Premièrement elle est silencieuse sur la dépendance économique et, deuxièmement, elle introduit expressément des notions de contrôle et de direction, autrement dit le concept de subordination juridique. Une revue de la jurisprudence l'interprétant démontre qu'elle n'a pas, loin de là, donné lieu à un élargissement de la notion de salarié en comparaison de l'interprétation de la même notion en vertu du *Code du travail*.

Par ailleurs, s'agissant d'une loi qui vise essentiellement à déterminer des conditions de travail minimales et d'ordre public et à assurer des recours contre certaines sanctions, on ne voit aucune raison pour laquelle une personne qui serait considérée comme salarié selon le *Code du travail* et aux fins d'une convention collective de travail ne devrait pas l'être pour les fins de la *Loi sur les normes du travail*. C'est pourquoi le Comité considère que ses recommandations relatives à la notion de salarié en vertu du *Code du travail* devraient s'appliquer intégralement à ce régime de normes du travail.

#### **RECOMMANDATION N° 4**

Que la définition du «salarié » en vertu du *Loi sur les normes du travail* soit révisée afin de la rendre identique à celle qui est recommandée pour la définition du salarié en vertu du *Code du travail*;

et

Que la reconnaissance et la garantie de compétence de l'instance appelée à interpréter la notion de salarié ainsi que la présomption simple de relation salarié-employeur recommandées pour le *Code du travail* soient introduites à la *Loi sur les normes du travail* avec les adaptations nécessaires.

ii. *La Loi sur les décrets de convention collective*

La définition du salarié en vertu de ce régime est purement énumérative. Les seuls élargissements qu'elle est susceptible de comporter par rapport à la notion classique de salarié résulteraient du fait que cette énumération comprend (1) l'«artisan», un terme non défini par cette loi et sur la signification duquel il y a ambiguïté d'après les analyses consultées et (2) «l'employé qui travaille individuellement, en équipe ou en société».<sup>772</sup>

Compte tenu qu'il s'agit d'une régime intégrant une forme de négociation et visant à établir des normes minimales de travail pour des secteurs donnés, le Comité croit approprié de recommander d'appliquer ici aussi, une définition du salarié identique à celle recommandée plus haut pour le *Code du travail* et pour la *Loi sur les normes du travail*. Toutefois, dans ce cas, la définition devrait tenir compte des situations acquises pouvant découler du statut d'artisan et du travail en équipe ou en société qui feraient qu'une personne non-salariée en vertu de la définition révisée du *Code du travail* pourrait quand même se qualifier comme salarié d'après l'actuelle définition de ce terme en vertu du régime des décrets de convention collective.

---

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

## RECOMMANDATION N<sup>o</sup> 5

Que la définition du « salarié » en vertu du *Loi sur les décrets de convention collective* soit révisée afin de la rendre identique à celle qui est recommandée pour la définition du salarié en vertu du *Code du travail* tout en prévoyant la protection des situations acquises découlant de l'actuel statut d'artisan et du travail en équipe ou en société;

et

Que la reconnaissance et la garantie de compétence de l'instance appelée à interpréter la notion de salarié ainsi que la présomption simple de relation salarié-employeur recommandées pour le *Code du travail* soient introduites à la *Loi sur les décrets de convention collective* avec les adaptations nécessaires.

- b. Les régimes prévoyant un statut de travailleur autonome en plus du statut de base de travailleur-salarié

La *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles* (L.a.t.m.p.), la *Loi sur l'équité salariale* (L.é.s.) et la *Loi sur la santé et la sécurité du travail* (L.s.s.t.) ont deux traits en commun.

Premièrement, à l'égard du statut de base de « travailleur »<sup>773</sup> (L.a.t.m.p. et L.s.s.t.) ou de « salarié » (L.é.s.), ces lois font expressément référence au « contrat de travail » (L.a.t.m.p. et L.s.s.t.) ou adoptent un libellé reproduisant la définition qu'en donne le *Code civil du Québec* (C.c.q.). Ces expressions ou formulations renvoient à la notion de

---

773. Le terme « travailleur » plutôt que « salarié » peut se justifier du fait que, dans ces deux régimes, on accorde une protection à celui qui travaille en vertu d'un contrat d'apprentissage pouvant, dans le cas de la L.s.s.t., ne pas comprendre une rémunération. Nos recommandations relativement à l'harmonisation de la notion de salarié ne visent aucunement à exclure la protection de ces personnes. Il y aurait donc lieu d'adapter le texte des définitions en cause de façon à maintenir les protections dont bénéficient ces catégories de personnes.



subordination juridique et à un exercice de qualification en vertu du droit civil opposant le contrat de travail au contrat d'entreprise ou de services.

Deuxièmement et à cause de cette définition restrictive adoptant le critère de la subordination juridique, compte tenu des finalités du régime dans chaque cas, le législateur, désirant étendre les bénéficiaires à des catégories plus larges, a dû recourir à la création d'un autre statut, celui de «travailleur autonome ».

Par ailleurs, ces trois régimes se distinguent dans leur approche relativement aux droits qu'ils accordent au travailleur autonome.

i. *La Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*

En matière d'accessibilité, la grande originalité de ce régime qui prévoit le statut de travailleur et de travailleur autonome est que ces deux catégories peuvent bénéficier, quoique à des conditions différentes, des protections qu'il accorde.

Le régime définit le travailleur autonome de façon générale (une personne physique qui fait affaires à son propre compte, seule ou en société et qui n'a pas de travailleur à son emploi).<sup>774</sup> À l'intérieur de cette nouvelle catégorie, on a distingué les situations. Dans le cas où le travailleur autonome exerce pour une personne des activités similaires ou connexes à celles qui sont exercées dans l'établissement de cette personne, il bénéficie des mêmes droits et avantages que le travailleur. On a ainsi eu recours à l'assimilation au statut de base. Cependant, cette assimilation souffre certaines exceptions notamment lorsque le travailleur autonome assimilable au travailleur exerce ses activités pour plusieurs personnes simultanément ou à tour de rôle (dans ce dernier cas pour des travaux de courte durée et en fournissant l'équipement requis) ou si les activités que représentent ses prestations ne sont que sporadiquement requises.<sup>775</sup>

---

774. L.a.t.m.p., art. 2.

775. *Id.*, art. 9.

La question qui se pose à nous est de savoir si cette approche légiférant sur ces critères spécifiques assure une accessibilité plus large et une détermination plus certaine que ce que nous recommandons à l'égard de la notion de salarié en vertu du *Code du travail* et de la *Loi sur les normes du travail*. Le Comité estime que cette analyse reste à faire à la lumière des finalités du régime et des pratiques qui entourent son application, en mettant à contribution l'expertise des spécialistes qui effectuent des recherches sur ce sujet.<sup>776</sup>

Toutefois, le Comité estime qu'indépendamment de cette analyse à mener, la définition de travailleur devrait comporter certains éléments qui assureraient une couverture plus large que ce qu'autorise son libellé actuel faisant référence au contrat de travail. Le Comité a également pu constater que le même dilemme au sujet du fardeau de preuve se pose dans l'application de ce régime, ce qui n'a pas sa raison d'être.

Par ailleurs, rappelons que ce régime offre une couverture au travailleur autonome qui ne bénéficie pas de la technique d'assimilation au statut de base de travailleur. Ce travailleur autonome peut volontairement adhérer au régime en s'inscrivant et en défrayant à lui seul la cotisation. Cette question sera traitée plus loin dans la section réservée au travail autonome.

## **RECOMMANDATION N<sup>o</sup> 6**

Que la définition du «travailleur » en vertu de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles* soit amendée pour remplacer l'expression «en vertu d'un contrat de travail » par «que cette personne soit salariée ou non en vertu d'un contrat de travail »;  
et

---

776. Katherine Lippel, *Le travail atypique et la législation en matière de santé et sécurité du travail*, Rapport préliminaire soumis aux partenaires dans le cadre des travaux de l'équipe financée par le FCAR « travail atypique : protection légale des conditions minimales et de la santé au travail », septembre 2002, 106 pages. p. 29 à 37.

Que la reconnaissance et la garantie de compétence de l'instance appelée à interpréter la notion de salarié ainsi que la présomption simple de relation salarié-employeur recommandées pour le *Code du travail* soient introduites à la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles* avec les adaptations nécessaires;

et

Que l'hypothèse d'appliquer intégralement la recommandation portant sur la définition de salarié en vertu du *Code du travail* à la définition du «travailleur» en vertu de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles* soit examinée à la lumière des travaux en cours sur l'interprétation de la notion de travailleur autonome assimilé au travailleur en vertu de l'article 9 de cette loi.

## ii. La *Loi sur l'équité salariale*

Ce régime adopte la même définition générale du travailleur autonome que celle mentionnée plus haut pour la L.a.t.m.p.. À l'égard de travailleur autonome, cette loi recourt également à la même technique d'assimilation-exceptions au statut de base à cette différence que ce dernier est appelé salarié plutôt que travailleur.<sup>777</sup> Cependant, à la différence de ce que prévoit la L.a.t.m.p., compte tenu de la finalité de ce régime, le travailleur autonome non assimilé au salarié n'a pas droit à l'équité salariale.

S'agissant d'un régime portant sur un principe fondamental en matière de salaire et compte tenu qu'il exclut avec raison le travail non-salarié, le Comité considère que le statut de travailleur autonome avec assimilation-exclusion calqué sur la L.a.t.m.p. n'a pas ici d'objet réel autre que d'exclure le non-salarié. Cette loi s'appliquant aux salaires des personnes régies par la *Loi sur les normes du travail*, par la *Loi sur les décrets de convention collective* ou par des conventions collectives conclues en vertu du *Code du*

---

777. L.é.s., art. 9, al. 2.

*travail*, tous seraient mieux servis par la définition que nous proposons pour ces régimes sans que les finalités de la L.é.s. ne soient aucunement affectées.

#### **RECOMMANDATION N<sup>o</sup> 7**

Que la définition du «salarié » en vertu du *Loi sur l'équité salariale* soit révisée afin de la rendre identique à celle qui est recommandée pour la définition du salarié en vertu du *Code du travail*;

et

Que la reconnaissance et la garantie de compétence de l'instance appelée à interpréter la notion de salarié ainsi que la présomption simple de relation salarié-employeur recommandées pour le *Code du travail* soient introduites à la *Loi sur l'équité salariale* avec les adaptations nécessaires.

#### iii. *La Loi sur la santé et la sécurité du travail*

Bien que la L.s.s.t. et la L.a.t.m.p. soient des lois connexes, la L.s.s.t. est d'abord et avant tout une loi «de relations et de conditions de travail »<sup>778</sup> tandis que la L.a.t.m.p. est une loi instaurant un régime d'indemnisation.

Ces deux lois ont en commun la notion de «travailleur » et de la définir en faisant référence au contrat de travail. Cependant, contrairement à la L.a.t.m.p., la L.s.s.t. ne définit pas comme tel le travailleur autonome et n'adopte pas la technique de l'assimilation-exceptions. Sans faire formellement du travailleur autonome un statut, la L.s.s.t. prévoit que la personne physique faisant affaires pour son propre compte exécutant sur un lieu de travail où se trouvent des travailleurs des travaux pour autrui et sans l'aide de travailleurs est tenue aux obligations du travailleur en vertu de la loi et de

---

778. *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, (1988) 1 R.C.S. 749.

ses règlements ainsi qu'aux obligations de l'employeur relativement à certains produits, procédés ou matières dangereuses.<sup>779</sup>

Les difficultés particulières se posant à l'égard des droits et obligations du travailleur autonome comme tel en vertu de ce régime seront traitées plus loin.

L'enjeu de la distinction entre le travailleur et le travailleur autonome exécutant un travail dans un lieu où se trouvent des travailleurs est double. D'une part, seul le travailleur se voit reconnaître le droit à des conditions de travail respectant la santé, la sécurité et l'intégrité physique, le droit à des services de formation, d'information et de conseil ainsi qu'à des services de santé préventifs et curatifs et le droit au retrait préventif dans le cas d'une exposition à des contaminants qui altère sa santé et au retrait préventif de la travailleuse enceinte.<sup>780</sup> D'autre part, le travailleur, contrairement au travailleur autonome, n'est pas assujéti à certaines obligations qui incombent à l'employeur.

Quant à la définition proprement dite du travailleur, compte tenu qu'il s'agit, comme nous le disions plus haut, d'une loi de conditions et relations de travail, le Comité estime qu'il y a lieu de l'aligner sur les lois du travail de même nature. Comme dans le cas de la *Loi sur l'équité salariale*, la L.s.s.t. est appelée à s'appliquer aux personnes régies par la *Loi sur les normes du travail*, par la *Loi sur les décrets de convention collective* ou par des conventions collectives conclues en vertu du *Code du travail*. La définition que nous proposons pour le *Code du travail* est tout à fait compatible avec les objectifs que la L.s.s.t. poursuit et avec les droits et obligations qui en découlent pour le travailleur.

---

779. L.s.s.t., art. 7.

780. *Id.*, art. 11.

## **RECOMMANDATION N° 8**

Que la définition du «travailleur » en vertu du *Loi sur la santé et la sécurité du travail* soit révisée afin de la rendre identique à celle qui est recommandée pour la définition du salarié en vertu du *Code du travail*;

et

Que la reconnaissance et la garantie de compétence de l'instance appelée à interpréter la notion de salarié ainsi que la présomption simple de relation salarié-employeur recommandées pour le *Code du travail* soient introduites à la *Loi sur la santé et la sécurité du travail* avec les adaptations nécessaires.

### **B) Les niveaux de protection et les statuts d'emploi**

Les recommandations qui précèdent ont pour sujet les travailleurs atypiques qui se trouvent, en vertu des règles actuelles, en périphérie du statut de salarié et de ce fait exclus de la plupart des régimes de protection sociale. Mais le développement du travail atypique s'est aussi opéré à l'intérieur même du travail salarié, parmi les personnes qui ont accès à ces régimes. L'examen des statistiques montre d'ailleurs que la composition de l'emploi atypique a changé entre 1997 et 2001; si le travail atypique compte encore pour plus du tiers des emplois en 2001, la part du travail autonome a diminué pendant cette période alors que l'emploi salarié temporaire à temps plein a augmenté.

Même s'il ne s'agit pas de la seule raison, la recherche d'une plus grande flexibilité par les entreprises explique en partie le développement fulgurant du travail atypique salarié au cours des dernières décennies. Les témoignages entendus par le Comité ainsi que les différentes données qu'il a recueillies font état d'un véritable problème de disparité de traitement entre les salariés exécutant un travail similaire pour un même employeur selon leur statut de travail. Ces disparités se manifestent notamment dans les taux de salaire,

l'accès à des régimes complémentaires d'assurances ou le droit aux jours fériés et payés qui est pourtant une norme minimale de travail. Le travail atypique peut aussi compromettre l'exercice effectif du droit d'association et de négociation collective par ces salariés. Cette situation ne peut qu'inciter certaines entreprises qui recherchent des économies faciles à favoriser le recours aux emplois atypiques. Ce faisant, elles ne font que reporter sur les épaules des salariés en cause les économies ainsi réalisées.

Le Comité estime que cette situation est inacceptable et qu'elle rompt l'équilibre qui existait dans un marché de travail homogène entre la recherche de flexibilité d'une part, et la protection sociale, d'autre part. Elle montre que le seul fait d'être salarié et d'accéder aux régimes de protection sociale ne suffit plus à garantir une protection effective. Cette disparité de traitement est d'autant plus préoccupante qu'elle atteint les salariés les plus vulnérables de notre société. Le travail atypique est souvent synonyme de précarité économique et de pauvreté. Il est aussi synonyme d'isolement, les salariés atypiques étant souvent peu intégrés aux milieux de travail dans lesquels ils pourraient trouver un certain support. Encore aujourd'hui, le travail atypique touche particulièrement les femmes; les disparités de traitement dont elles sont victimes du fait de leur sur-représentation dans ces types d'emploi risquent d'anéantir les efforts consentis au cours des dernières années pour qu'elles accèdent à la pleine égalité sur le marché du travail. C'est pourquoi le Comité a fait de l'égalité de traitement entre les salariés exécutant un travail similaire pour un même employeur, peu importe le nombre d'heures travaillées, la durée limitée du contrat ou le lieu d'exécution du travail, un principe directeur régissant ses recommandations.

Il ne faut pas nier que ces formes de travail peuvent comporter des avantages pour les deux parties à la relation d'emploi. D'une part, elles procurent aux entreprises une flexibilité de gestion maximale par un ajustement rapide de leurs besoins de main-d'œuvre aux contraintes de la production et des marchés dans lesquels elles offrent leurs produits et services. L'embauche de travailleurs pour une durée déterminée, l'utilisation de travailleurs sur une base occasionnelle ou sur appel de même que le recours à des salariés d'agence de placement temporaire ont pour effet d'augmenter pour un temps

déterminé le volume de main-d'œuvre requis pour répondre à un surcroît de la demande. Ils permettent aussi de remplacer facilement des travailleurs réguliers absents. Bref, ils répondent à des besoins ponctuels de l'entreprise.

D'autre part, ces formes d'emplois correspondent aux aspirations de certains travailleurs. Elles peuvent permettre aux parents de jeunes enfants d'assumer pleinement leurs responsabilités familiales tout en maintenant une activité professionnelle. Elles peuvent accommoder des personnes qui souhaitent poursuivre des activités de développement personnel ou professionnel en parallèle à une activité de travail rémunéré. Elles représentent enfin un outil particulièrement adapté à l'évolution démographique de la société québécoise. Le travail à temps partiel ou pour une durée déterminée est une voie intéressante pour les travailleurs qui souhaitent ralentir graduellement leurs activités professionnelles avant de quitter définitivement le marché du travail. Ils peuvent le faire tout en transmettant leur savoir professionnel aux plus jeunes. En ce sens, il peut être dans l'intérêt de l'ensemble de la société québécoise de faire de ces situations de travail atypiques des emplois attrayants, pouvant s'inscrire dans des politiques publiques destinées aux travailleurs plus jeunes - par des politiques de conciliation travail-famille - comme aux travailleurs plus âgés.

L'ensemble de ces considérations a convaincu le Comité qu'il n'y a pas lieu d'interdire ou de limiter le recours aux diverses formes de travail atypique, comme cela se pratique dans certains pays européens. Le Comité n'entend donc pas recommander des mesures qui limiteraient la flexibilité qui caractérise la situation actuelle. Toutefois, le Comité estime qu'il est impérieux d'agir sur les effets de la multiplication de ces situations de travail atypiques sur les niveaux de protection sociale des salariés; l'atteinte d'une égalité dans le traitement de ces salariés s'impose. Seul un tel principe peut rétablir la vocation première de ces formes de travail atypiques : un outil flexible d'organisation et de gestion du travail, une possibilité pour les individus d'aménager autrement leur vie de travail et leur vie personnelle, mais non un outil de précarisation du travail et d'appauvrissement des travailleurs.



Plusieurs voies s'offraient au Comité dans la réalisation de cet objectif :

- Le principe de l'égalité de traitement peut être affirmé expressément dans une disposition législative d'ordre public.
- Le principe de l'égalité de traitement peut sous-tendre diverses propositions d'amendement à des normes existant déjà dans les régimes de protection sociale sans être lui-même l'objet d'une disposition législative spécifique.
- Les deux premières voies peuvent être cumulées : l'affirmation législative du principe de l'égalité de traitement, complétée d'une série de recommandations précises d'amendements à des régimes existants dans le sens de cet objectif.

Le Comité a choisi la troisième voie, qui lui semble la seule appropriée pour agir sur les multiples causes des disparités de traitement dont sont victimes les travailleurs atypiques. Certaines disparités de traitement résultent du caractère inadapté des règles régissant l'accessibilité à diverses normes de protection sociale – pensons aux jours fériés ou à l'indemnité de remplacement du revenu lors d'une lésion professionnelle - à la situation particulière des travailleurs atypiques. Il n'est pas inutile de rappeler que les régimes de protection sociale ont été développés dans un contexte où le marché du travail était plus homogène et qu'ils reflètent imparfaitement la pluralité des situations de travail actuelles. Un effort d'adaptation s'impose donc et le Comité formulera à cette fin un certain nombre de recommandations spécifiques. Celles-ci doivent toutefois s'accompagner de l'affirmation législative d'un principe d'égalité de traitement, qui s'imposera pour l'avenir dans l'ensemble des modes de détermination des conditions de travail des salariés, incluant les régimes offerts par l'employeur, les contrats de travail ou les conventions collectives.

## 1- L'affirmation législative d'un principe général d'égalité de traitement

Le Comité a pu constater que les problèmes de disparité de traitement étaient généralisés, tant en ce qui concerne les travailleurs qui en sont victimes qu'en ce qui concerne les objets sur lesquels porte cette disparité. Un problème d'une telle envergure exige une solution d'envergure comparable. Le Comité propose qu'elle prenne la forme de l'affirmation législative d'un principe général d'égalité de traitement, général quant aux situations de travail visées et quant aux objets couverts.

Le Comité n'a pu, au cours de ses travaux, identifier une catégorie de travailleurs atypiques qui serait davantage la cible des disparités de traitement. Au contraire, le problème est généralisé et polymorphe. Il touche les salariés d'agence de placement temporaire qui, comme on l'a vu dans le chapitre 3, touchent des salaires de 20 % à 40 % inférieurs à ceux de travailleurs exécutant le même travail dans l'entreprise utilisatrice. Il touche les travailleurs occasionnels ou à durée déterminée qui n'ont pas toujours accès aux régimes de congés et d'avantages sociaux offerts aux autres salariés d'une entreprise. Il atteint même les salariés à temps partiel travaillant suivant un horaire prédéterminé et sur une base régulière; ces salariés, que l'on pourrait considérer comme les moins « précaires » des atypiques à cause de la régularité de leur prestation de travail et de la continuité de leur lien d'emploi, peuvent aussi toucher un salaire moindre et n'ont pas toujours droit aux jours fériés et payés, pour ne retenir que cet exemple. D'où la nécessité d'un principe d'égalité de traitement qui ne se limite pas à quelques situations de travail atypiques qui seraient perçues comme plus problématiques. L'obligation de ne pas traiter différemment des salariés à cause de leur situation de travail atypique doit s'imposer à toute personne qui bénéficie de leur travail, peu importe le lieu de travail, le temps consacré au travail, la continuité du lien d'emploi ou le caractère bilatéral ou triangulaire de la relation de travail.

Par ailleurs, le principe doit être général quant à l'objet traité. Les disparités dont le Comité a pu constater l'existence ne se limitent pas – loin s'en faut – au seul taux de salaire. Elles peuvent porter sur l'accès à d'autres avantages à valeur pécuniaire (par

exemple des primes) et sur toutes les composantes de la rémunération globale (par exemple le bénéfice de régimes complémentaires d'assurances). Elles peuvent aussi se manifester par un accès inégal à des protections qu'il est difficile d'évaluer pécuniairement : pensons, par exemple, à l'accès à la procédure de griefs dont les salariés temporaires sont parfois exclus du seul fait de leur statut, peu importe leur durée de service. Plus subtilement encore, ces disparités peuvent prendre la forme de régimes de conditions de travail distincts pour différents statuts de travail dans une même entreprise, régimes qui ne sont pas de niveaux équivalents. Ces disparités subtiles peuvent aussi se manifester par des manières différentes de calculer la durée de service suivant les statuts de travail – durée du lien d'emploi ou nombre d'heures de travail – pour accéder à des avantages identiques.

C'est pourquoi l'objet du principe de l'égalité de traitement doit être formulé de manière large.<sup>781</sup> Il ne peut se limiter ni au taux de salaire, à plus forte raison à un taux de salaire plafonné, ni aux conditions actuellement visées par des normes minimales du travail. L'égalité de traitement doit porter sur l'ensemble des conditions de travail qui régissent l'accès à un emploi et les contreparties que touche un salarié en échange de sa prestation de travail.

Les salariés atypiques pourront ainsi bénéficier des conditions de travail consenties aux autres salariés de l'établissement qui effectuent le même travail. Dans les cas qui le permettent, ce bénéfice sera proportionnel au temps travaillé : par exemple, l'indemnité versée à un travailleur atypique bénéficiant d'un congé pourra être calculée sur la base de ses gains au cours d'une période de référence donnée. En vertu de ces règles, l'indemnité d'un travailleur à temps partiel sera moindre que celle que touche un travailleur à temps plein. Mais le premier ne pourra plus, d'entrée de jeu, être exclu de l'accès à cet avantage du seul fait qu'il travaille à temps partiel. De même, un travailleur ne pourra plus automatiquement être exclu, sur la base de sa situation de travail, des procédures visant à

---

781. La *Convention sur le travail à temps partiel 1994 (C 175)*, reproduite en annexe au 5 présent rapport, prévoit de semblable manière un principe d'égalité de traitement dont l'objet s'étend aux droits fondamentaux (art. 4), au salaire (art. 5), la sécurité sociale (art. 6) et aux congés et protection de l'emploi (art. 7).

comblent des postes vacants dans une entreprise dans la mesure où ces postes sont également ouverts à l'ensemble du personnel.

Le Comité est conscient que cette règle d'accès proportionnel n'est pas souhaitée par certains des salariés qu'elle entend protéger, surtout lorsque des obligations de cotisation en découlent. Rappelons que c'est à la suite de représentations de travailleurs à temps partiel qui étaient admissibles à des régimes complémentaires de retraite obligatoires mais qui soutenaient ne pas avoir les moyens financiers d'y participer que des amendements ont été apportés en 2001 à la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*.<sup>782</sup> Toutefois, le Comité est aussi sensible à l'idée qu'il faut favoriser, dans la mesure du possible, une large protection sociale des travailleurs quelle que soit leur situation de travail. C'est pourquoi, à la différence des orientations prises dans la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*, le Comité estime que l'accès des salariés atypiques aux avantages offerts aux autres salariés travaillant dans le même établissement doit exister sans droit de retrait.

Ce principe ne soulève pas de problèmes particuliers pour des avantages non pécuniaires ou pour des avantages à valeur pécuniaire qui se prêtent à un accès proportionnel au temps travaillé. Pensons, à titre d'exemple, aux régimes d'assurance-salaire ou aux REER collectifs, dont les prestations, tout comme les cotisations, peuvent être proportionnelles aux revenus des bénéficiaires. Cet accès égal est toutefois plus difficile à garantir concrètement pour des avantages qui ne se prêtent pas à une participation partielle à cause de leur nature ou de leur caractère indivisible. Par exemple, les prestations offertes par un régime d'assurance couvrant les soins dentaires ne peuvent être réduites en fonction du temps travaillé ou de la contribution versée au régime par le salarié. Dans ces cas où la participation au *pro rata* est impossible, le Comité recommande qu'une indemnité soit versée aux salariés pour compenser la perte d'avantages dont bénéficient les autres salariés d'un même établissement. Cette indemnité serait calculée au *pro rata* du temps travaillé par le salarié.

---

782. Précitée.

Ce principe général d'égalité de traitement entre salariés, quelle que soit leur situation de travail, ne prohibe pas, bien sûr, toute différence dans le traitement accordé aux salariés qui exécutent un travail équivalent dans un même établissement. Toutefois, ces différences doivent être fondées sur des critères objectifs : il en est ainsi des différences de traitement fondées sur l'expérience, l'ancienneté, la durée de service, l'évaluation au mérite, la quantité de production ou le temps supplémentaire. Ces critères doivent toutefois, ainsi que le précise la *Charte des droits et libertés de la personne*,<sup>783</sup> être communs à l'ensemble du personnel. Cette dimension est très importante pour cerner la portée véritable du principe de l'égalité de traitement.

Le Comité estime que c'est dans les dispositions introductives de la *Loi sur les normes du travail*<sup>784</sup> que devrait être intégrée une telle disposition. Il s'agit d'une loi de portée universelle qui s'applique à l'ensemble des salariés, syndiqués ou non. Elle a pour objet d'établir des conditions de travail minimales pour ces salariés, quelle que soit leur situation de travail. Elle est la loi toute indiquée pour comporter un principe touchant cette fois non plus le *niveau* des conditions de travail, mais l'*équité* qui doit prévaloir entre les salariés à l'égard de ces conditions de travail. La loi comporte d'ailleurs déjà des dispositions de cette nature, quoique d'envergure moindre.<sup>785</sup> Ajoutons un argument plus pragmatique. La *Loi sur les normes du travail* est l'unique source de détermination des conditions de travail de plusieurs travailleurs atypiques. Il est probable qu'il s'agit de la loi qu'ils connaissent le mieux, ce qui n'est pas un argument dénué d'intérêt pour assurer un rayonnement maximal de ce nouveau principe auprès des salariés qu'il vise à protéger.

---

783. Précitée, art. 19.

784. Précitée.

785. *Id.*, arts 41.1, 74.1, 87.1 à 87.3.

## RECOMMANDATION N° 9

Que soit ajouté à la *Loi sur les normes du travail* le principe fondamental suivant :

« Un employeur ne peut accorder à un salarié des conditions de travail inférieures à celles consenties aux autres salariés qui effectuent des tâches similaires ou équivalentes dans le même établissement :

- pour le seul motif que ce salarié travaille habituellement moins d'heures par semaine;
- pour le seul motif que ce salarié travaille en dehors de l'établissement; ou
- pour le seul motif que ce salarié travaille sur appel, sur une base temporaire ou occasionnelle, ou pour une durée déterminée, que ce travail soit effectué pour l'employeur directement ou par l'intermédiaire d'une agence de placement.

Lorsque c'est approprié, la règle du *pro rata temporis* s'applique.

Lorsqu'un salarié ne peut bénéficier d'un avantage qui ne se prête pas à un accès proportionnel à cause de sa nature ou de son caractère indivisible, l'employeur doit lui verser une indemnité compensatoire égale au montant qu'il aurait dû verser pour assurer la couverture du salarié calculée au *pro rata* du temps travaillé.

Il n'y a pas disparité de traitement lorsqu'une différence est fondée sur des critères objectifs tels que l'expérience, l'ancienneté, la durée de service, l'évaluation au mérite, la quantité de production ou le temps supplémentaire, si ces critères sont communs à tous les salariés de l'établissement ».

## 2- Des recommandations spécifiques pour adapter la protection sociale à la diversité des situations de travail

Ce principe général d'égalité de traitement ne pourra résoudre à lui seul tous les problèmes de disparité qui existent dans le traitement des salariés en fonction de leur situation de travail. Le Comité a été à même de constater que certains problèmes de disparité naissent du caractère inadapté du contenu des lois qui composent la protection sociale des salariés, lois qui ont été élaborées dans un contexte où l'hétérogénéité des situations de travail était nettement moins développée. Le Comité estime qu'il relève de son mandat de recommander que des corrections soient apportées à des dispositions législatives dont le caractère inadapté à l'égard des salariés atypiques est connu et documenté. Le Comité ne prétend cependant pas couvrir toutes les situations d'inadaptation des régimes de protection sociale à la situation particulière de ces salariés.

Le Comité se permettra aussi de rappeler l'existence de situations qui lui paraissent problématiques du point de vue de la protection sociale des travailleurs sans nécessairement pouvoir formuler des recommandations précises. Le caractère inadapté de certaines normes commence à peine à être connu et il apparaîtrait pour le moins prématuré de proposer des solutions alors que le diagnostic n'est pas clair. L'exercice pourrait même se révéler téméraire : il faut se garder, en voulant améliorer le niveau de protection des travailleurs en situation non traditionnelle, d'altérer celui de l'ensemble des travailleurs.

Alors que les disparités de traitement sont un problème commun aux différentes situations de travail atypiques, les problèmes liés à l'inadaptation des différents régimes de protection ne sont pour leur part pas toujours les mêmes d'une situation de travail à l'autre. C'est pourquoi des propositions spécifiques seront formulées suivant les situations de travail atypique. Le Comité estime que la situation des salariés d'agence de placement est à ce point complexe qu'elle exige qu'une section leur soit spécifiquement consacrée (voir la section C) alors que des ajustements apportés aux régimes existants

peuvent grandement améliorer la situation des travailleurs à temps partiel, des travailleurs sur appel, temporaires, occasionnels ou à durée déterminée, des travailleurs à domicile et des salariés qui cumulent plusieurs emplois.

a. Le travail à temps partiel

Le travailleur à temps partiel peut être défini comme le travailleur « dont le durée de travail est inférieure à celle des travailleurs à plein temps se trouvant dans une situation comparable ». <sup>786</sup> Plusieurs situations de travail qualitativement très différentes se retrouvent sous cette catégorie. Certains salariés à temps partiel disposent d'un travail régulier ou permanent alors que d'autres travaillent à temps partiel sur une base temporaire ou occasionnelle. Certains ont choisi le travail à temps partiel afin de concilier leurs obligations professionnelles et leurs obligations familiales ou encore afin de poursuivre un projet personnel, alors que d'autres travaillent à temps partiel parce qu'ils n'ont pas réussi à trouver un travail à temps plein.

Ces situations de travail à temps partiel n'occasionnent pas un même niveau de précarité. Celles qui sont reliées au caractère discontinu ou temporaire de la relation d'emploi seront traitées dans une section subséquente.

Sans qu'il s'agisse d'un relevé exhaustif, les travaux menés par le Comité l'ont conduit à identifier un certain nombre de normes inadaptées à la situation des travailleurs à temps partiel.

i. Les jours fériés, chômés et payés

Pour bénéficier des sept jours fériés, chômés et payés prévus dans la *Loi sur les normes du travail*, un salarié doit justifier de 60 jours de service continu dans l'entreprise. <sup>787</sup> La

---

786. *Convention sur le travail à temps partiel 1994 (C 175)*, précitée, art. 1a).

787. L.n.t., art. 65.



loi exige aussi que ce jour soit un jour ouvrable pour le salarié,<sup>788</sup> ce qui peut exclure les salariés à temps partiel lorsque le jour férié n'est pas pour eux un jour ouvrable. Le Comité estime que les exigences tenant à la durée du service continu et à la notion de jour ouvrable pour avoir accès aux jours fériés, chômés et payés prévus dans la *Loi sur les normes du travail* devraient être supprimées afin que tous les salariés aient accès à ces normes minimales de travail.

Par ailleurs, les règles établies dans la *Loi sur la fête nationale*,<sup>789</sup> même si elles sont différentes, peuvent aussi avoir pour effet d'exclure le travailleur à temps partiel, qu'il soit embauché pour une durée déterminée ou indéterminée. En effet, l'indemnité versée au salarié pour le jour de la fête nationale ou le congé compensateur ne sont pas dus «à un salarié qui n'a pas eu droit à un salaire ou à une indemnité en tenant lieu pendant au moins dix jours au cours de la période du premier au 23 juin »,<sup>790</sup> ce qui a pour effet d'exclure, par exemple, un salarié qui travaille trois jours par semaine dans le cadre d'un horaire régulier de travail, même si la fête nationale coïncide avec un jour ouvrable pour lui. Il aura droit à un congé mais il ne sera pas rémunéré. Le Comité estime que cet article devrait être abrogé. Le montant de l'indemnité due au salarié pour le jour de la fête nationale devrait être calculé, comme pour les autres jours fériés, en fonction du salaire gagné pendant une période de référence.

#### **RECOMMANDATION N° 10**

Que les exigences relatives à la durée de service continu et à la notion de jours ouvrables pour l'attribution des jours fériés, chômés et payés soient supprimées dans la *Loi sur les normes du travail*.<sup>791</sup>

---

788. *Id.*, art. 62.

789. Précitée.

790. *Id.*, art. 7.

791. Notons que le Projet de loi n° 143 introduit un amendement de cette nature. Voir : *Loi modifiant la Loi sur les normes du travail et d'autres dispositions législatives*, Projet de loi n° 143 (2002, c. 80), art. 20 et 21 modifiant les art. 62 et 65 de la L.n.t.

## RECOMMANDATION N<sup>o</sup> 11

Que l'article 7 de la *Loi sur la fête nationale* soit abrogé.<sup>792</sup>

### ii. La durée normale du travail

La *Loi sur les normes du travail* fixe à quarante heures la durée de la semaine normale de travail.<sup>793</sup> Le fait que les heures normales de travail soient fixées sur une base hebdomadaire a pour effet concret de rendre cette règle non applicable au travailleur à temps partiel, même si les heures additionnelles qui lui sont demandées s'ajoutent à son horaire régulier de travail. Ce problème ne se pose pas pour les travailleurs régis par le *Code canadien du travail* ou par les lois provinciales canadiennes où il existe depuis longtemps une journée normale de travail de huit heures.<sup>794</sup> C'est pourquoi plusieurs proposent de résoudre ce problème de disparité pour les salariés à temps partiel en amendement la *Loi sur les normes du travail* afin qu'elle comprenne une journée normale de travail.

Le Comité est conscient du fait qu'une telle norme aurait pour effet de rehausser le niveau des normes du travail applicables à l'ensemble des salariés et non seulement aux salariés à temps partiel. Le Comité estime toutefois qu'il est nécessaire d'intervenir pour améliorer la situation des travailleurs à temps partiel eu égard à l'accès au temps supplémentaire afin d'éviter que deux salariés à temps partiel se partagent l'exécution d'une tâche qui aurait pu être confiée à un travailleur à temps plein uniquement pour contourner l'obligation de rémunérer à taux majoré le travail exécuté au-delà de la quarantième heure de travail. C'est pourquoi le Comité recommande qu'une journée normale de travail de huit heures soit applicable aux salariés.

---

792. Le Projet de loi n<sup>o</sup> 143 (2002, c. 80) introduit un amendement de cette nature. Précité, art. 75 abrogeant l'art. 7 de la L.f.n.

793. L.n.t., art. 52.

794. Les lois du travail en vigueur en Colombie-Britannique, en Alberta, au Manitoba et en Saskatchewan prévoient la journée normale de travail de huit heures.

Toutefois, le Comité estime qu'un tel ajout ne doit pas avoir pour effet de perturber les arrangements flexibles qui existent déjà dans certaines entreprises en matière d'organisation des horaires de travail. Pensons aux horaires comprimés de travail assez courants dans les milieux de travail, qui concentrent les heures de travail sur un nombre réduit de jours. C'est pourquoi le Comité recommande que les règles qui permettent actuellement l'étalement, sous certaines conditions, des heures de travail sur une base autre qu'hebdomadaire<sup>795</sup> soient amendées pour permettre, aux mêmes conditions, l'étalement des heures de travail sur une base autre que quotidienne, pourvu que cet étalement corresponde au principe de l'égalité de traitement énoncé précédemment.

#### **RECOMMANDATION N° 12**

Qu'une journée normale de travail de huit heures soit applicable aux salariés, sous réserve pour l'employeur de se prévaloir des dispositions qui autorisent à certaines conditions l'étalement des heures de travail.

#### **RECOMMANDATION N° 13**

Que les règles qui autorisent déjà l'employeur, à certaines conditions, à étaler les heures de travail des salariés sur une base autre qu'hebdomadaire soient amendées pour permettre l'étalement sur une base autre que quotidienne, pourvu que cet étalement corresponde au principe de l'égalité de traitement.

---

795. L.n.t., art. 53.

iii. Le droit du salarié de refuser de travailler au-delà de ses heures habituelles de travail

La *Loi sur les normes du travail* prévoit qu'un salarié ne peut être sanctionné parce qu'il « a refusé de travailler au-delà de ses heures habituelles de travail parce que sa présence était nécessaire pour remplir des obligations reliées à la garde, à la santé ou à l'éducation de son enfant mineur, bien qu'il ait pris tous les moyens raisonnables à sa disposition pour assurer autrement ces obligations ». <sup>796</sup> Outre ce motif de refus, le salarié est tenu de faire les heures supplémentaires qu'exige son employeur sauf si cette demande porte atteinte à sa santé ou à sa sécurité. Le Comité a déjà noté l'effet de cette norme sur les travailleurs à temps partiel. Pour les personnes qui ne travaillent que peu d'heures par semaine, la période de temps où elles peuvent être appelées à travailler sans pouvoir véritablement refuser peut être assez importante – se chiffrant en nombre de jours plutôt qu'en nombre d'heures. On peut craindre l'effet pervers d'un tel déséquilibre, les employeurs ayant intérêt à avoir recours au travail à temps partiel régulier, complété par une obligation de se présenter au travail sur demande lorsque le besoin s'en fait sentir. Cette situation peut aussi dissuader les salariés qui, pour toutes sortes de raisons, notamment la conciliation travail-famille, voudraient volontairement travailler à temps partiel. À la demande de leur employeur, ils sont tenus de prendre *tous* les moyens raisonnables pour assurer autrement leurs obligations familiales, ce qui va à l'encontre du choix qu'ils ont fait de ne pas être disponibles pour travailler à temps plein justement afin de se consacrer en priorité à leurs responsabilités familiales.

Le Comité estime que l'introduction d'une règle balisant l'obligation des salariés de travailler au-delà de leurs heures habituelles de travail pourrait corriger cette situation. Le salarié devrait avoir le droit de refuser de travailler pour les heures supplémentaires qui dépassent de manière importante ses heures habituelles de travail, sans avoir à justifier de motifs précis de refus.

---

796. *Id.*, art. 122, par. 6. Un certain assouplissement vient d'être apporté par le P.L. n° 143 (2002, c. 80), art. 60.

## RECOMMANDATION N<sup>o</sup> 14

Que le salarié ait le droit de refuser de travailler pour les heures supplémentaires qui excèdent de manière importante ses heures habituelles de travail.<sup>797</sup>

### iv. La décision de l'employeur de modifier la situation de travail du salarié

Le Comité n'a pas jugé opportun de recommander que des règles nouvelles encadrent la décision d'un employeur de modifier la situation de travail d'un salarié, par exemple, en lui imposant de passer d'un travail à temps plein à un travail à temps partiel, d'un statut de travailleur régulier à un statut de travailleur occasionnel ou sur appel ou de travailler désormais à domicile. Rappelons qu'en vertu des règles actuelles, la liberté de l'employeur d'imposer de tels changements dans la situation de travail d'un salarié n'est pas totale. Le non-renouvellement d'un contrat à durée déterminée,<sup>798</sup> la réduction des heures de travail,<sup>799</sup> le retrait d'une priorité sur une liste de rappel<sup>800</sup> ou la non-réintégration d'une employée à temps partiel sur appel dans son poste habituel à la suite d'un congé parental<sup>801</sup> ont déjà été interprétés comme des pratiques interdites donnant

---

797. Le projet de loi n<sup>o</sup> 143 (2002, c. 80), art. 17, insérant un nouvel article 59.0.1 à la L.n.t., répond à ce problème en balisant l'obligation des salariés de travailler au-delà de leurs heures habituelles de travail. Il introduit un droit de refuser de travailler : . plus de quatre heures au-delà des heures habituelles de travail ou plus de quatorze heures par période de vingt-quatre heures, selon la période la plus courte; . ou, pour le salarié dont les heures quotidiennes de travail sont variables ou effectuées de manière non continue, plus de douze heures de travail par période de vingt-quatre heures; . ou au-delà de 50 heures par semaine. Précité, art. 17.

798. *École Weston Inc. c. Tribunal du travail*, (1993) R.J.Q. 708; D.T.E. 93T-356 (C.A.) – règlement hors cours (recours fondé sur l'art. 15 C.t.) ; *Moore c. Montréal Trust*, (1988) R.J.Q. 2342; D.T.E. 88T-878 (C.A.) – requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada rejetée; *Boily c. Corp. de l'École polytechnique de Montréal*, (2001) R.J.D.T. 168; D.T.E. 2001T-60(C.T.) – règlement hors cour partiel.

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

800. *Balthazard-Généreux c. Collège Montmorency*, (1998) R.J.D.T. 660; D.T.E. 98T-388 (T.T.).

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

ouverture au recours fondé sur l'article 122 de la *Loi sur les normes du travail*.<sup>802</sup> Le départ d'un salarié à la suite de modifications substantielles apportées à ses conditions de travail constitue aussi un congédiement déguisé (*constructive dismissal*) donnant ouverture au recours. Lorsque les autres conditions faisant naître la présomption en faveur du salarié sont satisfaites, la mesure imposée par l'employeur est présumée l'être pour des motifs illégaux et il revient à l'employeur de démontrer que la mesure qu'il a imposée au salarié repose sur une autre cause juste et suffisante.

La notion de congédiement ouvrant droit au recours à l'encontre d'un congédiement sans cause juste et suffisante prévu à l'article 124 de la *Loi sur les normes du travail* est aussi interprétée, ainsi que nous l'avons noté dans le chapitre 3, de manière souple; ont été assimilés à un congédiement le non-renouvellement d'un contrat à durée déterminée,<sup>803</sup> le non-rappel au travail<sup>804</sup> et une rupture du lien d'emploi faisant suite à la réduction unilatérale des heures de travail.<sup>805</sup> La notion de congédiement déguisé permet donc à des salariés justifiant de trois ans de service continu de contester une rupture du lien d'emploi faisant suite à la transformation de leur situation de travail équivalent à des modifications substantielles de leurs conditions de travail.

Le Comité ne peut qu'approuver ces orientations qui font en sorte qu'en dépit de la flexibilité dont l'employeur dispose dans la décision de recourir au travail atypique, la décision d'imposer de telles transformations à son personnel en place ne doit pas reposer sur les motifs illégaux ou encore, lorsque la situation a conduit au congédiement déguisé d'un salarié justifiant de trois années de service continu, sur des motifs injustifiés. Le Comité note que ce résultat provient d'une interprétation souple et circonstanciée des

---

802. Voir aussi les recours à l'encontre d'une pratique interdite dans d'autres lois : C.t., art. 14 et s.; L.a.t.m.p., art. 32 et 252; L.s.s.t., art. 227.

803. *Lavigueur et Québec (Ministère de la culture et des communications)*, (2000) R.D.J.T. 1757; D.T.E. 2000T-1199 (C.T.); *Commission scolaire Berthier Nord-Joli c. Beauséjour*, (1988) R.J.Q. 639; D.T.E. 88T-261 (C.A.).

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

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

textes par les commissaires du travail et, le cas échéant, par le Tribunal du travail. Il ne peut que souhaiter que cette interprétation adaptée à la diversité des formes d'emploi caractéristiques du marché du travail soit partagée par l'ensemble des commissaires de la Commission des relations du travail appelés, dans l'avenir, à disposer de ces recours.

Le Comité a toutefois noté que l'énumération des mesures qu'il est interdit à l'employeur d'imposer au salarié qui pourrait être mis à la retraite<sup>806</sup> ou qui s'est absenté pour cause de maladie ou d'accident pour une certaine durée<sup>807</sup> n'est pas aussi complète que dans les textes prohibant d'autres pratiques interdites.<sup>808</sup> Cette différence pourrait faire en sorte que des changements dans la situation de travail imposés pour ces motifs prohibés pourraient ne pas pouvoir être contestés. Par exemple, il n'est pas certain que l'imposition d'un horaire à temps partiel à un salarié ayant atteint l'âge de la retraite qui a toujours travaillé à temps plein serait considérée comme une pratique interdite par l'actuel article 122.1 de la loi, qui ne vise que le congédiement, la suspension ou la mise à la retraite. Le Comité estime que la rédaction législative des mesures prohibées devrait être uniformisée pour éviter ce genre de situation.

#### **RECOMMANDATION N<sup>o</sup> 15**

Que l'article 122.1 de la *Loi sur les normes du travail* comprenne, outre les mesures déjà visées, l'interdiction pour l'employeur de déplacer un salarié, d'exercer à son endroit des mesures discriminatoires ou des

---

806. L.n.t., art. 122.1: il est interdit à l'employeur de congédier, suspendre ou mettre à la retraite un salarié pour ce motif.

807. *Id.*, art. 122.2: il est interdit à l'employeur de congédier, de suspendre ou de déplacer un salarié qui justifie de trois mois de service continu pour ce motif.

808. *Id.*, art. 122 : il est interdit à l'employeur de congédier, de suspendre ou de déplacer un salarié, d'exercer à son endroit des mesures discriminatoires ou des représailles ou de lui imposer toute autre sanction.

représailles ou de lui imposer toute autre sanction pour le motif précisé à cet article.<sup>809</sup>

#### **RECOMMANDATION N° 16**

Que l'article 122.2 de la *Loi sur les normes du travail* comprenne, outre les mesures déjà visées, l'interdiction pour l'employeur d'exercer à l'endroit d'un salarié des mesures discriminatoires ou des représailles ou de lui imposer toute autre sanction pour le motif précisé à cet article.<sup>810</sup>

#### v. La décision de l'employeur de modifier la qualification juridique du lien d'emploi

La situation du salarié dont le statut est transformé contre son gré en celui de non-salarié (travailleur autonome, entrepreneur ou sous-traitant) soulève toutefois un problème de nature différente. Il en est ainsi parce que ce changement n'est pas considéré comme une modification des conditions de travail. C'est pourquoi une telle modification de la nature du contrat opérée unilatéralement par l'employeur en cours d'emploi n'a pas été considérée comme un déplacement ouvrant droit au recours fondé sur l'article 122 de la loi.<sup>811</sup> Dans un autre affaire, le départ du salarié qui refusait un tel changement n'a pas été considéré comme un congédiement déguisé ouvrant droit au recours fondé sur l'article 124 de la loi puisque la modification apportée par l'employeur était justifiée par des motifs objectifs et n'avait pas pour but de «forcer» la démission du travailleur.<sup>812</sup> On doit comprendre qu'une modification unilatérale de la nature du contrat par l'employeur

---

809. Le Projet de loi n° 143 (2002, c. 80, art. 61, modifiant l'art. 122.1 de la L.n.t.) prévoit un amendement correspondant en partie à cette recommandation.

810. Le Projet de loi n° 143 (2002, c. 80) prévoit le droit du salarié absent pour maladie ou accident pour une période déterminée de réintégrer son poste habituel avec les mêmes avantages. Précité, art.27 et 62 ajoutant une nouvelle section (section V.0.1 à la L.n.t. portant sur les absences pour cause de maladie ou d'accident et abrogeant l'article 122.2 de la L.n.t..

811. *Provost et Bureau d'éthique commerciale de Montréal inc.*, (1999) R.J.D.T. 233; D.T.E. 99T-102 (C.T.).

812. *Albert et Pétrolière impériale*, (2000) R.J.D.T. 256; D.T.E. 2000T-281 (C.T.).



ne sera assimilée à un congédiement déguisé que si elle est un subterfuge ayant pour effet de provoquer le départ d'un salarié qui n'aurait pu être congédié pour une cause juste et suffisante.<sup>813</sup>

Or, ces transformations unilatérales ont parfois cours non pour se départir d'une personne mais pour pouvoir bénéficier de son travail à moindre coût. Le salarié devenu entrepreneur fera le même travail sous un nouveau « chapeau » juridique; son « ex-employeur », devenu son client, pourra se croire justifié de cesser de respecter les obligations que la loi impose aux employeurs en terme de charges sociales et de normes minimales de travail. Il reviendra au travailleur qui désire récupérer ces sommes et ces avantages d'exercer les recours appropriés devant les tribunaux civils et d'établir à chaque fois qu'il est toujours un salarié en dépit du changement apporté par l'employeur à la qualification juridique de la relation de travail.

Le Comité estime que cette situation porte atteinte au premier principe directeur qu'il a retenu, à l'effet que la qualification juridique d'une relation de travail ne relève pas des parties mais qu'elle est d'ordre public. C'est pourquoi il recommande que la *Loi sur les normes du travail* comprenne un nouveau recours permettant à un salarié de pouvoir obtenir rapidement auprès d'une juridiction spécialisée du travail un jugement déclaratoire sur son statut de salarié à la suite de modifications apportées par l'employeur. Il ne s'agit pas ici d'interdire à un employeur de modifier l'organisation du travail pour avoir recours à du travail non salarié. Il s'agit simplement de s'assurer que les modifications apportées par l'employeur ont bien cet effet sur le statut du salarié. Le Comité est convaincu qu'un tel recours comporte des avantages pour les deux parties à la relation d'emploi en terme de prévisibilité juridique. Il permet d'éviter que le travailleur doive récupérer un à un les avantages qui découlent du statut de salarié, au prix de batailles qui ne sont souhaitables ni pour lui, ni pour l'employeur en cause. Il permet aussi de limiter les occasions où un travailleur ne bénéficie pas de ces avantages alors que

---

813. *Harvey et Office municipal d'habitation de Ragueneau*, (1997) C.T. 340, p. 344; D.T.E. 97T-850 (C.T.); *Albert et Pétrolière impériale*, précitée.

sa situation s'apparente à celle d'un salarié, simplement parce qu'il ne souhaite pas mener de telles batailles ou encore parce qu'il ignore même qu'il pourrait les livrer.

Pour ce faire, le Comité recommande de s'inspirer d'un recours similaire qui existe déjà dans le *Code du travail*,<sup>814</sup> lequel comporte l'obligation pour l'employeur d'informer le syndicat par écrit des changements au mode d'exploitation de son entreprise qui auraient pour effet de modifier le statut d'un salarié, le droit pour le syndicat de demander à la Commission des relations du travail de se prononcer sur l'effet de ces changements sur le statut du salarié et la suspension de l'application des changements annoncés par l'employeur jusqu'à la date de la décision de la Commission, le cas échéant. Le Comité estime que ce recours devrait être accessible, avec les adaptations nécessaires, au salarié non syndiqué. Le salarié qui ne partagerait pas l'avis de l'employeur quant aux modifications de son statut juridique pourrait s'adresser à la Commission des normes du travail, laquelle pourrait demander à la Commission des relations du travail de statuer sur la qualification de la relation juridique entre les parties et représenter le salarié à cette occasion. Cette demande pourrait, conformément à l'article 102 de la *Loi sur les normes du travail*, être adressée à la Commission des normes du travail par le salarié ou pour son compte par un organisme sans but lucratif de défense des droits des salariés. Les modalités relatives au traitement de la demande par la Commission des normes du travail et à son renvoi devant la Commission des relations du travail pourraient s'inspirer, avec les adaptations nécessaires, des articles 125 et 126 de la *Loi sur les normes du travail*.<sup>815</sup>

---

814. C.t., art. 20.0.1.

815. Le Projet de loi n° 143 (2002, c. 80) ajoute une nouvelle disposition sur le maintien du statut du salarié dans la *Loi sur les normes du travail* : précité, art. 53 ajoutant l'article 86.1 à la L.n.t.. Cependant, contrairement au recours existant dans le *Code du travail*, l'employeur peut introduire immédiatement les changements au mode d'exploitation de son entreprise sans attendre l'issue d'un recours spécifique permettant au salarié de demander à un tiers de se prononcer sur les conséquences des changements apportés par l'employeur sur son statut.

## RECOMMANDATION N° 17

Que la *Loi sur les normes du travail* comprenne un recours équivalent à celui qui est prévu à l'article 20.0.1 du *Code du travail*. Ce recours devrait reconnaître le droit du salarié d'être informé par écrit des changements que son employeur entend apporter au mode d'exploitation de son entreprise qui auraient pour effet de modifier son statut de salarié, celui de demander, dans un délai déterminé, à la Commission des normes du travail, et éventuellement à la Commission des relations du travail, de se prononcer sur l'effet de ces changements sur son statut et la suspension de l'application des changements annoncés par l'employeur jusqu'à la date de cette décision, le cas échéant.

### vi. Le calcul de l'indemnité de remplacement du revenu lors d'une lésion professionnelle

Le calcul de l'indemnité de remplacement du revenu versée à un travailleur devenu incapable de travailler à la suite d'une lésion professionnelle est une source de problèmes pour plusieurs travailleurs atypiques. Malgré le caractère technique de ces normes comprises dans la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*,<sup>816</sup> le Comité estime qu'il est important de comprendre les effets qu'elles comportent pour les travailleurs atypiques. Le Comité a déjà souligné, dans le chapitre 3 du présent rapport, les difficultés qui existaient à cet égard. Un rapport préliminaire de recherche rédigé par la professeure Katherine Lippel, dont nous avons obtenu copie depuis, pose un diagnostic similaire à partir de l'analyse d'un nombre beaucoup plus imposant de sources.<sup>817</sup> Même si ce diagnostic doit être validé par la réalisation d'entrevues auprès de différents intervenants, ce rapport de recherche préliminaire estime, en se basant sur la jurisprudence, que plusieurs formes de travail atypique conduisent à une sous-

---

816. Précitée, art. 44 à 82.

817. Katherine Lippel, *Le travail atypique et la législation en matière de santé et sécurité du travail*, Rapport préliminaire, septembre 2002, précité.

indemnisation des travailleurs qui se retrouvent dans cette situation.<sup>818</sup> D'où la nécessité de corriger cette situation.

Un problème commun aux travailleurs à temps partiel et à d'autres catégories de travailleurs atypiques concerne la détermination de l'indemnité de remplacement du revenu payable par l'employeur dans les quatorze premiers jours d'incapacité à la suite d'une lésion professionnelle. Suivant l'article 60 de la loi, l'employeur doit verser au travailleur victime une indemnité équivalente à 90 % du salaire net « pour chaque jour ou partie de jour où ce travailleur aurait normalement travaillé, n'eût été de son incapacité, pendant les 14 jours complets suivant le début de cette incapacité ».<sup>819</sup> L'employeur ne peut réduire l'indemnité qu'il doit payer à un travailleur au cours de ces quatorze premiers jours, même s'il est établi que le travailleur n'aurait pas été appelé à travailler pendant cette période à cause d'une mise à pied, d'une fermeture d'usine, d'une grève ou d'un congé. En effet, il a été décidé qu'on ne saurait tenir compte de facteurs extrinsèques n'ayant aucune relation avec l'incapacité du travailleur d'exercer son emploi en raison de sa lésion professionnelle pour réduire l'indemnité qui doit lui être versée; l'employeur doit, dans ces cas, indemniser le travailleur pour les quatorze premiers jours d'incapacité.<sup>820</sup> Une jurisprudence dominante considère toutefois que le fait de travailler à temps partiel, de manière occasionnelle ou sur appel ne constitue pas un facteur extrinsèque; par conséquent, l'indemnité qui sera versée par l'employeur au travailleur à temps partiel, au travailleur occasionnel ou au travailleur sur appel victime d'une lésion professionnelle ne couvrira que les heures qui auraient été normalement travaillées.<sup>821</sup> Par l'effet de ces règles, un travailleur victime d'une lésion professionnelle qui n'aurait pas travaillé pendant les quatorze jours suivant la lésion à cause d'un congé, d'une mise à pied ou d'un licenciement aura droit à une pleine indemnité pour cette période alors que le travailleur atypique victime d'une lésion professionnelle qui n'aurait pas normalement

---

818. *Id.*, p. 49.

819. L.a.t.m.p., art. 60.

820. *Domtar c. Québec (C.A.L.P.)*, (1993) 2 R.C.S. 756; (1993) C.A.L.P. 613; D.T.E. 93T-776 (C.S.C.).

821. Katherine Lippel, dans le rapport préliminaire précité à la page 51, souligne la situation ironique du travailleur sur appel victime d'une lésion professionnelle et qui subit en plus une mise à pied : il a alors été décidé qu'il devait être indemnisé pour l'ensemble de la période.

travaillé pendant cette période à cause de son statut d'emploi n'aura droit à aucune indemnité de revenu.<sup>822</sup>

Le Comité estime que le texte de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles* établit clairement, à l'article 44, le droit pour le travailleur victime d'une lésion professionnelle d'être indemnisé et ne prévoit pas, à l'article 57, d'exceptions à ce principe en fonction de la situation de travail. Qui plus est, la solution retenue par la jurisprudence dominante fait en sorte que les travailleurs à temps partiel, occasionnels ou sur appel ne sont pas compensés, pour les quatorze premiers jours suivant le début de leur incapacité, pour leur perte de capacité de gains. Cette capacité de gains du travailleur est atteinte non seulement pour les jours où il aurait été appelé à travailler pour l'employeur, mais pour l'ensemble de sa période d'incapacité. Le Comité estime qu'une clarification législative de la finalité de l'indemnité de remplacement du revenu pourrait être de nature à résoudre ce problème.

Ce sont les employeurs qui doivent verser l'indemnité de remplacement du revenu pour les quatorze premiers jours d'incapacité faisant suite à une lésion professionnelle. Ces employeurs peuvent être réticents à indemniser les travailleurs pour des jours où ils n'auraient pas travaillé pour eux. C'est pourquoi la loi devrait aussi préciser la responsabilité respective de l'employeur et de la *Commission de la santé et de la sécurité du travail* dans le versement de l'indemnité payable au travailleur à temps partiel, au travailleur occasionnel ou au travailleur sur appel au cours des quatorze premiers jours suivant le début de l'incapacité.

### **RECOMMANDATION N° 18**

Que la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles* réaffirme que la finalité de l'indemnité de remplacement du revenu qui est versée à un travailleur devenu incapable de travailler à la suite d'une

---

822. Voir par exemple : *Laganière c. C.A.L.P.*, (1995) C.A.L.P. 449 (C.S.); D.T.E. 95T- 317 (C.S.).

lésion professionnelle est de compenser la perte de capacité de gains de ce travailleur et que la loi précise en conséquence la responsabilité respective de l'employeur et de la *Commission de la santé et de la sécurité du travail* dans le versement de l'indemnité payable au travailleur à temps partiel, au travailleur occasionnel ou au travailleur sur appel au cours des quatorze premiers jours suivant le début de l'incapacité.

- b. Les travailleurs embauchés pour une durée déterminée, les travailleurs occasionnels, temporaires, saisonniers ou sur appel

Certaines situations non traditionnelles de travail se caractérisent par la durée limitée ou la discontinuité de la relation d'emploi. On parle ici de travail à durée déterminée, de travail occasionnel ou sur appel ou de travail saisonnier. Ces salariés peuvent travailler à temps plein ou à temps partiel, mais ils ont en commun de n'avoir aucune garantie de pouvoir le faire de manière régulière et à long terme. Le Comité désire apporter une attention particulière à ces formes de travail, l'analyse des tendances statistiques montrant que le travail salarié temporaire à temps plein représente 94,8 % des emplois atypiques créés entre 1997 et 2001 et qu'il s'agit la seule forme de travail atypique à avoir progressé pendant cette période.<sup>823</sup>

Certaines des recommandations déjà formulées pour les travailleurs à temps partiel peuvent améliorer sensiblement le niveau de protection des travailleurs sur appel, occasionnels, temporaires ou à durée déterminée : pensons aux recommandations portant sur l'accès aux jours fériés, chômés et payés, les pratiques interdites et la détermination de l'indemnité de remplacement du revenu devant être versée au travailleur victime d'une lésion professionnelle au cours des quatorze premiers jours d'incapacité. Les recommandations qui suivent visent à corriger certains autres problèmes qui sont propres à cette catégorie de travailleurs atypiques.

---

823. Voir le chapitre 1, p. 47 et 48.

i. La notion de service continu

Plusieurs des disparités de traitement propres à cette catégorie de travailleurs atypiques tiennent à l'effet de l'exigence d'une durée de service continu. La discontinuité de la relation d'emploi a un effet sur la possibilité qu'ont ces salariés de cumuler le service continu requis pour accéder à plusieurs des avantages, notamment ceux garantis par la *Loi sur les normes du travail* : vacances annuelles,<sup>824</sup> jours fériés, chômés et payés,<sup>825</sup> avis de cessation d'emploi,<sup>826</sup> recours à l'encontre d'un congédiement sans cause juste et suffisante,<sup>827</sup> droit limité à la rémunération de certains congés familiaux,<sup>828</sup> protection en cas d'absence pour maladie ou accident.<sup>829</sup> L'interprétation actuellement donnée de la notion de service continu est large, mais elle ne permet pas toujours, au gré des espèces, de reconnaître la continuité des services de salariés qui exécutent, pour un même employeur, des prestations de travail discontinues sans bénéficier d'aucun droit ou priorité de rappel.<sup>830</sup> C'est pourquoi le Comité estime qu'il faut être vigilant dans l'utilisation de ce critère comme seuil permettant de conférer des avantages. Bien sûr, la durée de service est un critère objectif neutre pouvant justifier des différences de traitement lorsqu'elle est appliquée à l'ensemble du personnel. Encore faut-il, cependant, que les seuils soient suffisamment bas pour ne pas exclure un pourcentage indûment élevé de travailleurs atypiques et qu'il soit possible de percevoir le lien rationnel qui existe entre le seuil de service continu et la nature de l'avantage qu'il permet de conférer.

---

824. L.n.t., art. 67 et s.

825. *Id.*, art. 65.

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

827. *Id.*, art. 124.

828. *Id.*, art. 81.1.

829. *Id.*, art. 122.2.

830. Voir en particulier la décision récente de la Cour d'appel qui annule la décision d'un commissaire du travail qui avait reconnu le service continu d'une salariée embauchée sur une période de près de 10 ans lors de surcroûts de travail ou de remplacements à long terme : *Technologies industrielles S.N.C. inc. c. Vaillancourt*, D.T.E. 2001T-294 (C.A.). L'arrêt accueille l'appel d'un jugement de la Cour supérieure qui avait rejeté une requête en révision judiciaire de la décision du commissaire du travail. Voir aussi : *C.N.T. c. Commission des écoles catholiques de Québec*, D.T.E. 95T-887 .

Il est courant dans le domaine du travail que des avantages et conditions de travail – pensons simplement au salaire – soient bonifiés en fonction de la durée de service d'un salarié. Il s'agit alors de reconnaître, pour employer des termes d'un autre âge, « la longue durée de bons et loyaux services » d'un salarié pour un employeur donné. Ce motif peut expliquer l'utilisation de la notion de service continu pour allonger la durée des vacances annuelles ou la durée de l'avis de cessation d'emploi dus à un salarié en vertu de la *Loi sur les normes du travail*. Dans d'autres cas, toutefois, la raison d'être de l'exigence d'une durée de service continu pour conférer un avantage est plutôt obscure. La durée de service semble plutôt servir de critère commode d'exclusion « technique » ou « économique ». Prenons l'exemple de l'accès aux jours fériés, chômés et payés<sup>831</sup> ou du droit limité à la rémunération de certains congés familiaux.<sup>832</sup> Les durées de service en cause sont ici trop courtes pour qu'elles puissent raisonnablement être justifiées par le désir de reconnaître une longue durée de bons et loyaux services. C'est pourquoi le Comité recommande que les conditions de service continu permettant d'accéder aux jours fériés ou à la rémunération des deux premières journées d'absence à l'occasion de la naissance ou de l'adoption d'un enfant soient supprimées.

Le recours à l'encontre d'un congédiement sans cause juste et suffisante fondé sur l'article 124 de la *Loi sur les normes du travail* étant une forme de protection de l'emploi, on peut assimiler la durée de la période de service continu qui en régit l'accès à une période d'essai qui permet à un employeur d'évaluer le salarié avant de décider de le maintenir en emploi. Il y a donc un lien rationnel entre l'avantage et la condition de service continu posée. Toutefois, la durée de service continu exigée – trois ans – ne semble pas satisfaire l'exigence d'être suffisamment basse pour ne pas exclure un pourcentage indûment élevé de travailleurs atypiques. De plus, elle outrepassé la durée normalement requise pour évaluer un salarié avant de le maintenir en emploi. Par conséquent, le Comité suggère que ce seuil soit abaissé à une année, comme dans le *Code canadien du travail*.

---

831. L.n.t., art. 65.

832. *Id.*, art. 81.1.



## **RECOMMANDATION N° 19**

Que les conditions de service continu permettant d'accéder aux jours fériés<sup>833</sup> ou à la rémunération des deux premières journées d'absence à l'occasion de la naissance ou de l'adoption d'un enfant soient supprimées.

## **RECOMMANDATION N° 20**

Que la durée de service continu requise pour avoir accès au recours à l'encontre d'un congédiement sans cause juste et suffisant soit d'une année.

### ii. Les jours fériés, chômés et payés

Pour bénéficier des jours fériés, chômés et payés, il ne suffit pas à un salarié de justifier de 60 jours de service continu dans l'entreprise.<sup>834</sup> La *Loi sur les normes du travail* exige aussi que ce jour soit un jour ouvrable pour le salarié, condition qui peut être difficile à satisfaire pour les travailleurs occasionnels qui devront pouvoir démontrer qu'il s'agit pour eux d'un jour habituel de travail. La recommandation proposant la suppression de ces exigences, formulée dans la section consacrée aux salariés à temps partiel, pourrait résoudre ce problème pour les salariés travaillant pour une durée déterminée, sur appel ou sur une base occasionnelle ou saisonnière.

Toutefois, cette recommandation ne saurait suffire à garantir l'accès à cette norme pour tous les travailleurs atypiques. En effet, le mode de calcul de l'indemnité qui doit être versée au salarié pour le jour férié n'est pas adapté à la situation de ces salariés.

---

833. Le Projet de loi n° 143 (2002, c. 80) contient un amendement de cette nature. Précité, art. 21 modifiant l'article 65 de la L.n.t.

834. L.n.t., art. 65.

Actuellement, l'indemnité pour les jours fériés versée à un salarié doit être «égale à la moyenne de son salaire journalier des jours travaillés au cours de la période complète de paie précédent ce jour férié, sans tenir compte des heures supplémentaires».<sup>835</sup> Un travailleur occasionnel qui a droit au jour férié touchera une indemnité correspondant au salaire d'une journée de travail s'il a travaillé ne serait-ce qu'un jour dans la période de paie précédent le jour férié mais le travailleur occasionnel ou sur appel qui n'aurait pas travaillé au cours de cette même période de paie ne touchera aucune indemnité, même s'il a travaillé au cours des autres périodes de paie précédentes. Il pourrait avoir droit au congé s'il satisfait aux conditions tenant au jour ouvrable et à la durée de service continu mais il ne sera pas rémunéré.

C'est pourquoi le Comité recommande que le mode de calcul de l'indemnité qui doit être versée au salarié pour un jour férié soit modifié et qu'il varie selon que le jour férié coïncide avec un jour où le salarié aurait normalement travaillé ou non. Lorsque le jour férié coïncide avec un jour où le salarié aurait normalement travaillé, l'indemnité qui lui sera versée doit correspondre au salaire qu'il aurait alors reçu. Ainsi, un salarié à temps partiel qui travaille normalement le jour où tombe le congé férié aura droit à une indemnité correspondant à son salaire journalier. Lorsque le jour férié coïncide avec un jour où le salarié n'aurait pas normalement travaillé, l'indemnité de jours fériés doit être égale à 1/20 du salaire gagné au cours des quatre semaines de paie précédant la semaine dans laquelle tombe le jour férié.<sup>836</sup> L'indemnité est alors calculée proportionnellement au temps travaillé au cours d'une période de référence plus longue, ce qui permet de mieux tenir compte de la situation des travailleurs atypiques.

---

835. *Id.*, art. 62.

836. La proportion de 1 sur 20 s'explique par le fait que la plupart des salariés travaillant à temps plein reçoivent déjà une indemnité équivalente à 1/20 de leur salaire des quatre semaines précédant la semaine de travail dans laquelle tombe le jour férié. Voir : *Revoir les normes du travail du Québec. Un défi collectif*, Document de consultation, Ministère du Travail, mai 2002, p. 16.

## RECOMMANDATION N° 21

Que, lorsque le jour férié coïncide avec un jour où le salarié aurait normalement travaillé, l'indemnité de congé férié qui lui est versée soit équivalente au salaire journalier qu'il aurait reçu;

et

Que, lorsque le jour férié coïncide avec un jour où le salarié n'aurait pas normalement travaillé, l'indemnité de congé férié qui lui est versée soit égale à 1/20 du salaire gagné par un salarié au cours des quatre semaines de paie précédant la semaine dans laquelle tombe le jour férié.<sup>837</sup>

### iii. La protection de l'emploi et le remède de la réintégration

Les travailleurs sur appel, occasionnels, temporaires ou à durée déterminée peuvent accéder aux recours que prévoient les lois du travail à l'encontre d'une pratique interdite ou d'un congédiement fait sans cause juste et suffisante. La réintégration (ou la cessation de la mesure imposée par l'employeur lors d'un recours à l'encontre d'une pratique interdite) constitue le remède usuel lorsque ces recours sont accueillis. Le Comité a exprimé plus avant ses doutes quant au caractère approprié de ce remède pour des salariés qui, de toute manière, ne disposent pas de cette stabilité d'emploi à laquelle le comportement de l'employeur aurait porté préjudice. Que penser de l'opportunité d'une ordonnance de réintégration d'un salarié dont le lien d'emploi a été rompu pour activités syndicales alors que le terme du contrat à durée déterminée qui le liait à l'employeur est imminent, voire expiré? Le remède le plus approprié dans ce cas ne serait-il pas une indemnité se substituant à la réintégration et s'ajoutant à l'indemnité compensant le salaire perdu?

---

837. Le Projet de loi n° 143 (2002, c. 80) prévoit un mode de calcul de l'indemnité de congé férié retenant la règle du 1/20 dans tous les cas, une modalité qui est susceptible de conduire à un résultat qui défavorise un salarié qui aurait normalement travaillé, n'eût été du congé, si son horaire ne correspond pas à celui du salarié typique travaillant cinq jours par semaine. Précité, art.20, modifiant l'art. 62 de la L.n.t. et art. 74 (fête nationale), modifiant l'art. 4 de la L.f.n..

En l'état actuel du droit, le commissaire disposant d'un recours à l'encontre d'un congédiement sans cause juste et suffisante peut « rendre toute autre décision qui lui paraît juste et raisonnable, compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire », <sup>838</sup> le Comité a noté que certains commissaires usent de ce pouvoir pour remplacer une ordonnance de réintégration inappropriée compte tenu des circonstances par une indemnité spécifique. <sup>839</sup> Les décideurs entendant les recours à l'encontre d'une pratique interdite ne disposent pas d'un pouvoir équivalent. Lorsqu'ils constatent qu'une mesure imposée par l'employeur repose sur un motif illégal, ils ne peuvent qu'annuler la mesure imposée au salarié, imposer la réintégration s'il s'agit d'un congédiement et ordonner le versement d'une indemnité compensant le salaire perdu.

Le Comité estime que ces décideurs devraient pouvoir disposer de pouvoirs équivalents à ceux du commissaire intervenant dans le cadre d'un recours en matière de congédiement sans cause juste et suffisante. Le Comité se demande sincèrement quelle est la valeur véritable d'une ordonnance de réintégration pour des salariés embauchés pour une durée déterminée ou temporaire qui, contrairement aux autres salariés, n'ont aucune perspective raisonnable de pouvoir occuper leur emploi à long terme à cause même de leur statut de travail. Ces salariés sont en droit de s'attendre à ce que leur lien d'emploi, si précaire soit-il, ne prenne pas fin pour des motifs illégaux et qu'un remède approprié, c'est-à-dire adapté à leur situation, puisse être imposé si tel était le cas. C'est pourquoi le Comité recommande que les décideurs devant trancher les recours à l'encontre d'une pratique interdite disposent du pouvoir d'imposer ces remèdes.

## **RECOMMANDATION N<sup>o</sup> 22**

Que les instances devant disposer des recours à l'encontre d'une pratique interdite aient le pouvoir de rendre toute autre décision qui leur paraît juste et raisonnable, compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire.

---

838. L.n.t., art. 128, par. 3.

839. Voir le chapitre 3.

iv. La détermination de l'indemnité de remplacement du revenu du salarié victime d'une lésion professionnelle

Nous avons abordé précédemment les problèmes relatifs à la détermination de l'indemnité de remplacement du revenu que doit verser l'employeur au cours des quatorze premiers jours suivant le début d'une incapacité consécutive à une lésion professionnelle. La recommandation formulée par le Comité visait à résoudre un problème qui concerne tant les travailleurs à temps partiel que les travailleurs occasionnels ou sur appel. Elle s'applique donc aux catégories de travailleurs atypiques sur lesquels nous portons notre attention dans la présente section.

Toutefois, des problèmes spécifiques à l'indemnité de remplacement du revenu payable à la suite de ces quatorze premiers jours d'absence se manifestent pour les travailleurs temporaires, les travailleurs embauchés pour une durée déterminée et les travailleurs sur appel.

Rappelons que pour les jours d'absence suivant ces quatorze premiers jours, l'indemnité de remplacement du revenu de la personne incapable de travailler à la suite d'une lésion professionnelle n'est plus versée par l'employeur mais par la Commission de la santé et de la sécurité du travail. Cette indemnité est établie sur une base de calcul annuelle<sup>840</sup> et le revenu annuel considéré ne peut être inférieur à celui qu'aurait obtenu un salarié effectuant une semaine normale de travail rémunérée au taux de salaire minimum, ni supérieur à un maximum annuel assurable.<sup>841</sup> Il en est ainsi parce que l'indemnité de remplacement du revenu veut compenser la perte de capacité de gains. Pour prendre un exemple, une personne incapable de travailler à la suite d'une lésion professionnelle subie alors qu'elle travaillait à temps partiel pour une durée déterminée voit sa capacité de travail atteinte pour l'ensemble des jours où elle aurait pu travailler n'eût été de sa lésion, et non pour les seuls jours où elle aurait été appelée à travailler en vertu de son contrat de travail. Cette personne aurait pu vouloir travailler les autres jours et en être

---

840. L.a.t.m.p., art. 63 et 67.

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

maintenant incapable. C'est pourquoi l'indemnité de remplacement du revenu est calculée sur la base d'un revenu annuel, même si dans les faits la victime travaillait à temps partiel.

Cette conception de l'indemnité de remplacement du revenu continue de prévaloir dans la jurisprudence mais elle n'est pas appliquée de manière constante, ainsi que nous l'avons constaté au chapitre 3, à tous les travailleurs atypiques. Rappelons l'existence de la controverse jurisprudentielle et doctrinale soulevée par l'application de cette règle générale de l'annualisation du revenu à la situation de travailleurs à contrat à durée déterminée.<sup>842</sup> Par ailleurs, les travailleurs saisonniers et les travailleurs sur appel sont assujettis à une règle particulière qui fait en sorte que leur revenu ne sera pas nécessairement annualisé.<sup>843</sup> Le Comité, à l'instar de certaines représentations qui lui ont été faites et de la doctrine consultée, estime qu'une clarification législative de la finalité de l'indemnité de remplacement du revenu pourrait contribuer à résoudre ces controverses qui ont un effet sur les droits des travailleurs atypiques victimes d'une lésion professionnelle.

### **RECOMMANDATION N° 23**

Que la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles* réaffirme que la finalité de l'indemnité de remplacement du revenu versée à un travailleur devenu incapable de travailler à la suite d'une lésion professionnelle est de compenser la perte de capacité de gains de ce travailleur et que par conséquent, elle doit être calculée sur la base d'un revenu annualisé.

---

842. Voir le chapitre 3. Voir aussi K. Lippel, *op. cit.*, pp. 70-74. Cette règle générale établie à l'article 67 de la loi s'applique aussi aux travailleurs occupant un poste temporaire.

843. L.a.t.m.p., art. 68; K. Lippel, *op. cit.*, p. 75.

### c. Le travail à domicile

Le salarié qui travaille à domicile n'est pas à l'abri des disparités de traitement qui affectent les autres catégories de travailleurs atypiques. C'est pourquoi la recommandation que formule le Comité en ce qui concerne l'affirmation législative d'un principe d'égalité de traitement vise expressément le salarié «qui travaille en dehors de l'établissement».<sup>844</sup> Les recommandations que formule le Comité en faveur de l'accessibilité la plus large possible à la protection sociale sont aussi de nature à améliorer la situation de ces travailleurs.

La spécificité de la situation des travailleurs à domicile, comme celle des télétravailleurs, est d'exécuter leur travail en dehors des lieux physiques de l'entreprise. L'isolement dans lequel ils se trouvent et l'absence du support des autres salariés de l'employeur peuvent avoir des effets potentiellement importants sur la santé et la sécurité du travail de ces travailleurs.

Ces effets concernent d'une part la capacité réelle de contrôler le respect, par l'employeur, de son obligation de prendre les mesures nécessaires pour protéger la santé et assurer la sécurité et l'intégrité physique du travailleur lorsque le travail s'exécute à domicile. Bien que la loi prévoit que l'une des fonctions d'un représentant à la prévention est «de faire l'inspection des lieux de travail»<sup>845</sup> et qu'un inspecteur «peut, dans l'exercice de ses fonctions, pénétrer à toute heure raisonnable du jour ou de la nuit dans un lieu où sont exercées des activités dans les domaines visés dans la présente loi et les règlements, et l'inspecter»,<sup>846</sup> il reste que le fait que ces pouvoirs d'inspection s'exercent dans un lieu de travail qui est aussi une résidence privée soulève des questions délicates. Par exemple, le travailleur peut-il s'opposer à la visite du représentant à l'inspection ou de l'inspecteur au nom du respect à la vie privée? Le Comité estime que des dispositions particulières sur l'inspection des lieux de travail des travailleurs à domicile devraient être élaborées afin de concilier leur droit à un milieu de travail sécuritaire et leur droit à la vie

---

844. Voir recommandation n° 9.

845. L.s.s.t., art. 90, par. 1.

846. Id., art. 179.

privée.<sup>847</sup> L'expérience de la Colombie-Britannique est un exemple intéressant de ce genre de disposition.<sup>848</sup>

D'autre part, ces effets tiennent aussi à l'accès limité de ces salariés aux informations portant sur les risques du travail. Ce problème d'accès à l'information est plus évident pour le travailleur à domicile mais il est commun à l'ensemble des salariés dont la présence dans une entreprise est épisodique ou éphémère. Comment attendre d'un salarié embauché pour une durée déterminée relativement courte ou encore d'un salarié d'agence affecté dans une entreprise pour une mission temporaire qu'il puisse posséder une connaissance des risques équivalente à celle de ses collègues et qu'il ait intégré les moyens de prévention en place dans l'établissement? Des études réalisées dans différents pays montrent un lien entre le travail atypique, en particulier le travail à domicile et le travail des salariés provenant d'agences de placement, et des problèmes de santé et de sécurité du travail.<sup>849</sup> La situation ne serait pas vraiment différente au Québec puisqu'une simple lecture de la jurisprudence montre que plusieurs réclamations provenant de salariés d'agence, de salariés embauchés pour une durée déterminée ou de travailleurs autonomes concernent des accidents survenus quelques jours après le début de l'exécution du contrat.<sup>850</sup> Cet effet négatif du travail atypique sur la santé et la sécurité au travail pourrait s'expliquer par le manque d'information, mais aussi par les pratiques de sous-traitance du travail à risque, les longues heures de travail accomplies par ces salariés ainsi que leur isolement et leur vulnérabilité face aux abus.<sup>851</sup> Le Comité note que ces

---

847. Voir aussi dans le même sens : S. Bernstein, K. Lippel et L. Lamarche, *op. cit.*, pp. 121-122 et 126; R. Cox, J. Desmarais et K. Lippel, *op.cit.*, p. 85.

848. « Restrictions on access to private residences 181 (1) If a workplace, in addition to being a workplace, is occupied as a private residence, the authority under section 179 may be used to enter the place only if (a) the occupier consents, (b) the board has given the occupier at least 24 hours' written notice of the inspection, (c) the entry is made under the authority of a warrant under this Act or the *Offence Act*, or (d) the board has reasonable grounds for believing that the work activities or the workplace conditions are such that there is a significant risk that a worker might be killed or seriously injured or suffer a serious illness. (2) The authority under section 179 must not be used to enter a place that is occupied as a private residence, but is not a workplace, except with the consent of the occupier or under the authority of a warrant under this Act or the *Offence Act* ». (W.C.A., précité, art. 181.)

849. Elles sont rapportées dans le rapport préliminaire de K. Lippel, précité, pp. 10-11.

850. *Id.*, p. 13.

851. *Id.*



résultats proviennent d'un rapport préliminaire dont les résultats doivent être validés. Il estime qu'il importe d'avoir un portrait clair de la situation québécoise à ce sujet avant de pouvoir formuler des recommandations qui pourraient porter sur l'information et sur l'accès à la formation visant tant les travailleurs à domicile que d'autres travailleurs atypiques et qui pourraient éventuellement prohiber que du travail à risque soit confié à des travailleurs à domicile ou à des travailleurs temporaires, directement ou par l'intermédiaire d'une agence de placement.

Enfin, le Comité a déjà noté dans le chapitre 3 que l'isolement des travailleurs à domicile, comme des autres travailleurs atypiques, pouvait compromettre leur accès effectif aux mécanismes de participation prévus par certaines lois. Cette question est particulièrement préoccupante en matière de santé et de sécurité du travail puisque la mise en place de mécanismes faisant appel à la participation des travailleurs est le moyen privilégié pour éliminer à la source les risques reliés au travail. En l'absence de participation effective des travailleurs atypiques, comment s'assurer qu'ils ont bien accès aux informations sur leurs droits, leurs obligations et les risques de leur travail? Comment garantir que les risques particuliers de leurs situations de travail soient connus? Les travailleurs atypiques représentent plus du tiers des travailleurs québécois; leur quasi-absence des mécanismes de participation mis en place par la *Loi sur la santé et la sécurité du travail* représenterait un risque réel d'inefficacité de la loi. C'est pourquoi le Comité recommande que des études soient entreprises pour vérifier s'il existe un problème de représentation des salariés atypiques au sein des différents mécanismes de participation mis en place par la loi et pour proposer, le cas échéant, des correctifs appropriés.

Cet isolement des travailleurs à domicile peut avoir de semblables effets sur leur participation à la vie syndicale. Les salariés qui tentent de former un syndicat peuvent ignorer l'identité ou l'existence même de personnes travaillant à domicile pour le même employeur. Le Comité estime qu'une disposition semblable à celle qui existe déjà dans le *Code canadien du travail* pourrait atténuer le problème.<sup>852</sup> Le Comité recommande que la

---

852. C.c.t., art. 109.1. Dans le même sens : R. Cox, J. Desmarais et K. Lippel, *op.cit.*, pp. 16-17 et 83-84.

Commission des relations du travail puisse exiger d'un employeur les noms et adresses de ses travailleurs à domicile ou de ses télétravailleurs et qu'elle puisse les remettre au syndicat lorsque l'accès à ces travailleurs est justifié, notamment dans le cadre d'une campagne de recrutement syndical ou en vue de la négociation ou de l'application d'une convention collective. Ces modalités de communication devront respecter le droit à la vie privée et la protection des renseignements personnels.

#### **RECOMMANDATION N° 24**

Que des dispositions particulières sur l'inspection des lieux de travail des travailleurs à domicile soient élaborées afin de concilier leur droit à un milieu de travail sécuritaire et leur droit à la vie privée.

#### **RECOMMANDATION N° 25**

Que des études soient entreprises pour vérifier l'existence d'un lien entre les problèmes de santé et de sécurité au travail et le travail atypique et pour évaluer la pertinence de faire exécuter du travail à risque par des travailleurs à domicile ou à des travailleurs temporaires embauchés directement ou par l'intermédiaire d'une agence de placement.

#### **RECOMMANDATION N° 26**

Que des études soient entreprises pour vérifier s'il existe un problème de représentation des salariés atypiques au sein des différents mécanismes de participation mis en place par la *Loi sur la santé et la sécurité du travail* et pour proposer, le cas échéant, des correctifs appropriés.

## RECOMMANDATION N° 27

Que le *Code du travail* soit modifié pour que la Commission des relations du travail puisse exiger de l'employeur qu'il lui remette les noms et adresses de ses travailleurs à domicile ou de ses télétravailleurs et qu'elle puisse les transmettre au syndicat lorsque l'accès à ces travailleurs est justifié, notamment dans le cadre d'une campagne de recrutement syndical ou en vue de la négociation ou de l'application d'une convention collective;

et

Que les modalités encadrant cette communication respectent le droit à la vie privée et la protection des renseignements personnels.

### d. Le cumul d'emplois atypiques

Le Comité a été sensibilisé, au cours de ses travaux, aux problèmes vécus par les salariés qui cumulent plusieurs emplois. Nous n'évoquons pas ici le cas d'une personne qui occupe déjà un emploi à temps plein et à durée indéterminée et qui accepte un travail à temps partiel qui lui procure un revenu d'appoint. Nous pensons plutôt à la situation d'un salarié que l'incertitude et la précarité conduisent à accepter les opportunités d'emploi lorsqu'elles se présentent; il n'osera pas, par exemple, refuser un travail à temps plein pour une durée déterminée parce qu'il occupe déjà un travail à temps partiel sur une base régulière. En ce sens, le cumul d'emplois découle naturellement du travail atypique.

Le cumul d'emplois est une réalité mal connue, même d'un point de vue statistique. On commence à peine à entrevoir les effets potentiels de son développement sur les régimes de protection sociale. C'est pourquoi le Comité se limite à des recommandations qui portent sur des problèmes déjà identifiés reliés à cette situation de travail.

i. Le droit de refuser d'exécuter des heures de travail supplémentaires

Le salarié qui occupe simultanément deux emplois pour des employeurs différents peut être confronté à des choix difficiles lorsqu'un de ses employeurs exige de lui qu'il travaille en temps supplémentaire et qu'il se trouve dans l'obligation de refuser en raison de son autre emploi. Rien dans la loi ne protège le salarié qui refuserait de travailler au-delà de ses heures habituelles de travail pour un employeur parce qu'il cumule deux emplois, qu'il s'agisse de deux emplois à temps partiel ou d'un emploi à temps partiel et d'un emploi à temps plein à durée déterminée.

La *Loi sur les normes du travail* prévoit déjà qu'un salarié ne peut être sanctionné parce qu'il « a refusé de travailler au-delà de ses heures habituelles de travail parce que sa présence était nécessaire pour remplir des obligations reliées à la garde, à la santé ou à l'éducation de son enfant mineur, bien qu'il ait pris tous les moyens raisonnables à sa disposition pour assurer autrement ces obligations ». <sup>853</sup> Le Comité recommande d'élargir cette protection conférée par le recours applicable en matière de pratiques interdites à la personne cumulant plus d'un emploi dont aucun n'est à plein temps pour une durée indéterminée qui refuse de travailler au-delà de ses heures habituelles de travail en raison d'un conflit avec son autre horaire de travail.

**RECOMMANDATION N<sup>o</sup> 28**

Que le droit de refus de travailler au-delà de ses heures habituelles de travail soit reconnu à une personne, cumulant plus d'un emploi dont aucun n'est à plein temps pour une durée indéterminée, en raison d'un conflit avec son autre horaire de travail.

---

853. L.n.t., art. 122, par. 6. Tel qu'indiqué précédemment, un certain assouplissement a été apporté par le P.L. n<sup>o</sup> 143 (2002, c. 80, art. 60).

ii. L'indemnité de remplacement du revenu lors d'une lésion professionnelle

Le cumul d'emploi soulève des problèmes importants dans la jurisprudence portant sur détermination de l'indemnité de remplacement du revenu d'une personne incapable de travailler à la suite d'une lésion professionnelle. L'abondance de la jurisprudence sur le sujet suggère même que le phénomène du cumul d'emplois est moins marginal qu'on pourrait le penser. La question soulevée dans ces décisions est celle-ci : qu'en est-il de l'indemnité de remplacement du revenu d'un salarié qui cumule deux emplois lorsqu'une lésion professionnelle survenue dans l'un de ces emplois rend incapable d'exercer les deux emplois? La situation du travailleur qui cumule deux emplois est problématique tant pour déterminer le montant de l'indemnité que doit verser l'employeur pour les quatorze premiers jours d'incapacité que pour déterminer le montant de l'indemnité pour les jours suivants.

En ce qui concerne les quatorze premiers jours, l'obligation de l'employeur ne vaut que pour les jours où le travailleur aurait normalement travaillé pour lui et non pour les jours où il aurait normalement travaillé pour l'autre employeur. Dans certaines décisions, la CSST a estimé qu'elle devait prendre en charge l'indemnité venant compenser la perte de revenu chez le deuxième employeur<sup>854</sup> même si cela ne semble pas une pratique clairement établie.<sup>855</sup> Des risques demeurent qu'un travailleur incapable d'exercer ses deux emplois touche au cours des quatorze premiers jours une indemnité qui ne couvre que partiellement sa perte de revenu. Le Comité estime qu'il y a lieu pour la Commission de la santé et de la sécurité du travail de clarifier cette pratique.

Pour les jours d'absence suivant ces quatorze premiers jours, la loi prévoit une méthode de calcul spécifiquement applicable à un travailleur qui cumule plusieurs emplois; le revenu brut considéré aux fins du calcul de son indemnité de remplacement est «celui qu'il tirerait de l'emploi le plus rémunérateur qu'il devient incapable d'exercer comme

---

854. Voir par exemple : *Centre hospitalier Jacques-Viger et Normandeau*, (2001) C.L.P. 742; 2001LP-174.

855. K. Lippel, *op. cit.*, p. 55-60.

s'il exerçait cet emploi à temps plein », <sup>856</sup> c'est-à-dire comme s'il travaillait 40 heures par semaine. Cette règle est inéquitable pour un salarié qui cumule deux emplois à temps partiel de vingt-cinq heures par semaine et qui pourrait de ce fait toucher un revenu annuel plus élevé que celui qui serait pris en compte en vertu de l'article 71. <sup>857</sup> Cette disparité ressort lorsqu'on compare sa situation à celle d'une personne travaillant à temps plein pour une durée indéterminée et effectuant cinquante heures de travail par semaine pour un même employeur. Cette personne serait compensée sur la base de son revenu réel d'emploi tenant compte du temps supplémentaire, sous réserve du maximum assurable.

Cette règle a peut-être voulu régir les situations où le cumul d'emplois permettait à une personne occupant déjà un emploi à temps plein pour une durée indéterminée de disposer d'un revenu d'appoint. Les situations de cumul d'emplois ne correspondent plus aujourd'hui à ce modèle unique. C'est pourquoi le Comité recommande que lorsqu'une personne cumule plus d'un emploi dont aucun n'est à plein temps pour une durée indéterminée, le revenu brut considéré aux fins du calcul de son indemnité de remplacement soit celui qu'elle tirerait de l'emploi le plus rémunérateur qu'elle devient incapable d'exercer comme si elle exerçait cet emploi à temps plein ou celui qu'elle touche du fait du cumul d'emplois lorsque ce revenu est plus élevé.

## **RECOMMANDATION N° 29**

Que dans les situations où un travailleur cumulant plus d'un emploi est victime d'une lésion professionnelle le rendant incapable d'occuper ses emplois, il soit clairement établi qu'il revient à la *Commission de la santé et de la sécurité du travail* de prendre en charge la partie de l'indemnité venant compenser la perte de revenu du travailleur chez les employeurs

---

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

857. Dans cette situation, ainsi que nous l'avons constaté au chapitre 3, certains décideurs s'écartent de cette règle en se fondant sur l'article 75 de la loi qui permet d'utiliser une autre manière de déterminer le revenu brut « si cela peut être plus équitable en raison de la nature particulière du travail de ce travailleur » Il ne s'agit pas d'une tendance suivie par tous les décideurs : K. Lippel, *op. cit.* p. 78.

autres que celui où est survenu la lésion professionnelle, pour les quatorze premiers jours d'incapacité.

### **RECOMMANDATION N° 30**

Que lorsqu'une personne cumule plus d'un emploi dont aucun n'est à plein temps pour une durée indéterminée, le revenu brut considéré aux fins du calcul de son indemnité de remplacement soit celui qu'elle tirerait de l'emploi le plus rémunérateur qu'elle devient incapable d'exercer comme si elle exerçait cet emploi à temps plein ou celui qu'elle touche du fait du cumul d'emplois, lorsque ce revenu est plus élevé.

#### iii. La pluriactivité des travailleurs : des réalités à mieux connaître

Le cumul d'emplois atypiques soulève des problèmes en termes de protection sociale parce qu'il implique deux employeurs. Prenons l'exemple de l'exercice du droit de retour au travail à la suite d'une lésion professionnelle : ce droit est limité dans une situation de cumul d'emplois puisque la réintégration ne s'imposera que chez l'employeur où est survenue la lésion, et non chez l'autre. Ainsi en est-il, également, de la travailleuse enceinte qui cumule deux emplois à temps partiel et qui n'aura pas droit à un retrait préventif parce qu'il n'est pas tenu compte des risques d'exposition résultant de sa durée totale de travail.<sup>858</sup>

Le cumul d'emplois n'est pas la seule forme de pluriactivité générée par le développement du travail atypique. La pluriactivité est aussi le fait de personnes qui exercent *successivement* des emplois pour différents employeurs, par exemple par une

---

858. Voir le chapitre 3, K. Lippel, *op.cit.*, p. 22.

succession de contrats à durée déterminée ou d'emplois de courte durée.<sup>859</sup> Même si l'activité de travail de ces personnes est continue, elles ne bénéficieront pas des avantages qui reposent sur une exigence de durée de service pour un même employeur. Cette forme de pluriactivité illustre aussi les limites d'un régime de protection sociale se rattachant à l'existence d'un lien d'emploi avec un employeur ou une entreprise en particulier et limitant la transférabilité des avantages sociaux que ces personnes acquièrent par leur activité de travail auprès d'employeurs différents.<sup>860</sup>

---

859. Isabelle Coriatt-Atia, *Le statut de la pluriactivité en droit social*, Aix-en-Provence, PUAM, 1999, p. 24.

860. Voir dans le même sens: *Rapport du Comité consultatif sur le milieu de travail en évolution*, Réflexion collective sur le milieu de travail en évolution, Ministre des travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 1997, p. 71.