

Université de Montréal

**L'interaction entre le droit civil et le droit du travail : le rôle du
contrat dans l'accès aux régimes de protection des travailleurs**

par

Graciela Barrère

Faculté de droit

Mémoire présenté à la Faculté de droit
en vue de l'obtention du grade de Maîtrise en droit (L.L.M.),

option droit du travail

juillet, 2014

© Graciela Barrère, 2014

Faculté de droit

Ce mémoire intitulé :

L'interaction entre le droit civil et le droit du travail : le rôle du contrat dans l'accès aux régimes de protection des travailleurs

présenté par :

Graciela Barrère

a été évalué par un jury composé des personnes suivantes :

Gilles Trudeau

(Président-rapporteur)

Guylaine Vallée

(Directrice de recherche)

Renée-Claude Drouin

(Membre du jury)

Résumé

L'interrelation entre le droit civil et le du droit du travail présente multiples facettes. Le présent mémoire traite de l'une des manifestations de cette interaction, soit du recours à l'appareil contractuel pour donner ouverture à l'application de certaines lois de protection des travailleurs dans la sphère provinciale au Québec. L'accès aux lois du travail étant réservé aux personnes qui possèdent le statut de « travailleur » ou de « salarié » au sens de ces lois, la façon dont ces notions sont définies par le législateur est importante. Nous étudions dans notre texte l'incidence que le recours à la notion de contrat de travail peut avoir dans ce contexte.

Dans la première partie du mémoire, nous étudions le rôle du droit civil dans le développement du droit du travail. Nous nous penchons sur l'existence d'un ensemble de droits et d'obligations rattaché au rapport de travail indépendamment de la volonté des parties. Ensuite, nous présentons les deux fondements possibles du rapport visé par les lois du travail, soit la thèse contractuelle et celle fondée sur la « relation du travail », ainsi que la façon dont elles sont reçues au Québec et ailleurs. Dans la troisième partie de notre texte, nous examinons les effets pratiques d'appliquer les critères du droit des contrats lorsqu'il s'agit d'établir si une personne peut bénéficier des lois du travail à partir de l'analyse de certaines décisions jurisprudentielles. Nous nous penchons de façon plus particulière sur le traitement accordé par les tribunaux aux personnes qui occupent des emplois atypiques comme les travailleurs occasionnels, saisonniers et autonomes. Nous explorons également si une approche fondée sur la réalité factuelle, les particularités du travail en cause et les objectifs des lois d'ordre public peut constituer une piste de solution à la problématique que le recours à la figure contractuelle pour déterminer l'application des lois du travail soulève.

Mots-clés : contrat de travail, relation de travail, accès aux lois du travail, salarié, travailleur, travailleurs atypiques

Abstract

The interaction between civil law and labour legislation has many facets. This thesis deals with one of the manifestations of this interaction which is the use of the contract in determining the application of labour protection legislation in Quebec. The coverage of the labour protection legislation is reserved for those who have the status of "worker" or "employee" within the meaning of these legislation, so how these concepts are defined by the legislature is important. We study in our text the impact that the use of the concept of employment contract may have in this context.

In the first part of the thesis, we study the role of civil law in the development of labour protection legislation. We focus on the existence of a set of rights and obligations applicable to the employment relationship regardless of the will of the parties. In the second part, we present two possible bases of the relationship covered by labour legislation, both the contractual thesis and the "employment relationship" thesis, as well as how they are received in Quebec and elsewhere. In the third part of our text, we examine the practical effects of applying the criteria of civil law contracts in determining whether a person can be covered by labour protection legislation from the analysis of certain tribunal cases. We focus more specifically on the treatment accorded by courts and administrative tribunals to people in atypical jobs as casual, seasonal and independent workers. We also explore whether an approach based on factual reality, the characteristics of the employment relationship and the goals of public order legislation can be a possible solution to the problems that the use of the contract to determine personal scope of labour protection legislation may raise.

Keywords : contract of employment, working relationship, personal scope of labour legislation, employee, worker, atypical workers

Table des matières

INTRODUCTION

I. Droit du travail et contrat de travail

I.1 Le rôle du droit civil dans le développement du droit du travail, un droit provenant de sources variées

I.2 Le volet statutaire du rapport de travail

II. Le rôle du contrat dans l'accès aux régimes de protection des travailleurs

II.1 Deux fondements possibles du rapport de travail : le « contrat » et la « relation de travail »

II.2 Le traitement de la question de la nature du rapport de travail au Québec et ailleurs

II.2.1 L'approche du droit français

II.2.2 Le débat dans certains pays de l'Amérique latine

II.2.3 L'OIT

II.2.4 La solution retenue au Québec

II.2.4.1 L'application des lois du travail québécoises

II.2.4.2 Le rapport Bernier

II.3 Les inconvénients de l'approche contractuelle

II.3.1 Les inconvénients d'ordre formel

II.3.2 Les inconvénients relatifs à la méthode d'analyse

II.3.3 Les inconvénients se rapportant au champ d'application du droit du travail

III. Quelle place faut-il donner à l'approche civiliste dans le contexte du droit du travail au Québec ?

III.1 Les effets pratiques d'appliquer les critères du droit des contrats lorsqu'il s'agit d'établir si une personne peut bénéficier des lois du travail : un aperçu de la jurisprudence

III.1.1 Les travailleurs étrangers sans permis de travail

III.1.1.1 La solution fondée sur la théorie des nullités

III.1.1.2 L'approche qui tient compte de l'ordre public du travail

III.1.2 Les travailleurs atypiques

- L'arrêt *Commission scolaire crie*
- L'arrêt *Fruits de mer Gascons*
- L'arrêt *CSP*
- L'affaire *Paquin*

III.2 Une approche fondée sur la réalité factuelle, les caractéristiques particulières du rapport de travail et les objectifs des lois d'ordre public en matière de travail

CONCLUSION

Liste des abréviations*

CALP	Commission d'appel en matière de lésions professionnelles
C.c.Q	Code civil du Québec
CLP	Commission des lésions professionnelles
CRT	Commission des relations du travail
CSST	Commission de la santé et de la sécurité du travail
C.t.	Code du travail (Québec)
C.t.f.	Code du travail (France)
Latmp	Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles
Ldcc	Loi sur les décrets de convention collective
L.e.s.	Loi sur l'équité salariale
LIPAC	Loi sur l'instruction publique pour les autochtones cris, inuit et naskapis
LIPR	Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés
LSA	Loi sur le statut professionnel et les conditions d'engagement des artistes de la scène, du disque et du cinéma
Lsst	Loi sur la santé et la sécurité du travail
Lnt	Loi sur les normes du travail
OIT	Organisation internationale du travail

* Cette liste comprend uniquement les abréviations relatives à la législation et aux tribunaux et organismes nationaux et internationaux.

Remerciements

Je désire remercier ma directrice de recherche, la professeure Guylaine Vallée, pour ses judicieux conseils.

INTRODUCTION

De façon générale, l'insuffisance du droit civil face aux abus générés par la révolution industrielle a contribué au développement du droit du travail. La solution contractuelle classique, imprégnée d'une logique individualiste et marchande et fondée sur les postulats de l'autonomie de la volonté et de l'égalité des cocontractants, s'est avérée inefficace pour satisfaire aux impératifs du travail salarié, d'où l'intervention de l'État visant, d'une part, à promouvoir l'action collective des travailleurs et, d'autre part, à assurer à ces derniers des conditions minimales de travail¹.

Dans ce contexte, le droit du travail s'est érigé en branche de droit avec une « logique propre » et distincte de celle du droit civil des contrats, sans pour autant rompre totalement avec ce dernier². En effet, on observe une interaction entre les lois du travail et le droit civil des contrats, dont l'une des manifestations est le choix du législateur de recourir à la notion de contrat de travail afin de donner accès à certains régimes conçus pour protéger les travailleurs. Le présent mémoire traite de cette interrelation entre le droit civil et le droit du travail, et de façon plus particulière du rôle du contrat en tant que critère d'accès aux lois ayant une vocation de protection en matière de travail humain.

¹ Les auteurs Gagnon, LeBel et Verge exposent le développement du droit du travail canadien selon deux courants, soit « un droit axé sur l'action syndicale » et « un droit directement protecteur des travailleurs » : Robert P. Gagnon, Louis LeBel, Pierre Verge, *Droit du travail*, 2^e édition, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1991, p. 16-32. Voir également Marie-France Bich, « Droit du travail québécois : genèse et génération », dans H. P. Glenn, dir., *Droit québécois et droit français: communauté, autonomie, concordance*, Cowansville, Yvon Blais, 1993, pp. 515-565, en particulier aux pp. 516-517 [Bich « Genèse »].

² Bich « Genèse », *ibid.*, aux pp. 542, 559-561.

Le recours à la figure contractuelle dans le domaine des relations de travail peut entraîner des conséquences négatives sur l'accès aux régimes des lois du travail, notamment, lorsque les contrats de travail d'individus qui ont subi un accident de travail ou qui ont été congédiés sont déclarés nuls. La référence au contrat de travail peut également soulever des inconvénients dans le cadre des rapports de travail qui ne répondent pas à la notion classique du salariat. Des problèmes peuvent aussi se présenter quand la relation entre l'employeur et le travailleur est susceptible de qualifications juridiques variées en vertu du droit civil. Ainsi, diverses questions se posent : Comment le contrat peut-il être un élément servant à déterminer l'application des régimes de protection en matière de travail? Quelle place faut-il donner à la solution du droit civil des obligations dans le cadre d'un droit à caractère social comme le droit du travail? Quelles sont les conséquences d'adopter une approche civiliste lorsqu'il s'agit d'appliquer les lois du travail? Voici quelques questions qui seront abordées dans ce mémoire.

Nous étudierons, dans un premier temps (I), le rôle du droit civil dans le développement du droit du travail, le volet « statutaire » du rapport d'emploi, ainsi que l'interaction entre les diverses sources du droit du travail. Notons que l'utilisation du mot « statutaire » dans le présent mémoire se rapporte à l'ensemble de droits et d'obligations rattaché au rapport de travail indépendamment de la volonté des parties. Ensuite (II), nous nous pencherons sur les deux courants qui sous-tendent l'application des règles du droit du travail, soit la thèse « contractuelle » selon laquelle le contrat constitue le fondement du rapport d'emploi, et celle fondée sur la « relation de travail » qui fait appel à la réalité factuelle, à l'exécution du travail lui-même pour établir la présence d'un lien d'emploi conférant les bénéfices des lois du travail. Nous examinerons le rôle du contrat en matière d'accès aux régimes légaux de

protection des travailleurs au Québec et nous ferons un survol de la situation qui prévaut ailleurs (nous nous pencherons particulièrement sur les cas de la France et de certains pays de l'Amérique Latine), ainsi que du traitement de la question par l'Organisation internationale du travail (« OIT »). Nous étudierons les cadres juridiques pertinents et les propositions faites par des spécialistes en la matière. De plus, nous tenterons d'identifier les quelques inconvénients que la formule contractuelle soulève.

Dans un troisième temps (III), nous étudierons les situations dans lesquelles l'application des concepts du droit civil des contrats peut conduire à l'exclusion de certaines catégories de travailleurs atypiques de la protection des lois du travail. Dans cette tâche, nous examinerons la jurisprudence des tribunaux administratifs et judiciaires. La référence au travail « atypique » dans le présent mémoire vise le travail que la doctrine de façon générale englobe sous cette dénomination puisqu'il ne répond pas à la norme d'emploi traditionnel salarié, soit le travail à temps partiel, le travail sur appel, le travail à durée déterminée, le travail à domicile, le travail pour un seul employeur identifiable et le travail saisonnier, ainsi que le travail autonome.

Nous explorerons aussi dans la troisième partie du texte la question de savoir si une approche fondée sur la réalité factuelle, les particularités du travail en cause et les objectifs des lois d'ordre public peut constituer une piste de solution à la problématique que l'interaction entre le droit civil et le droit du travail soulève dans un contexte de travail atypique.

En terminant cette introduction, il convient de noter que le présent mémoire a une portée restreinte et ne vise pas à étudier les multiples facettes des rapports entre le droit civil et le droit du travail, mais uniquement un aspect ponctuel, soit le rôle du contrat comme critère

d'application des lois de protection des travailleurs dans la sphère provinciale au Québec. Ainsi, pour ne mentionner que quelques exemples, nous n'analyserons pas la question des rapports entre les droits découlant du contrat individuel de travail et de la convention collective, ni l'interaction entre les obligations des parties à un contrat de travail en vertu du droit civil et celles provenant de l'ordre public du travail en matière de fin d'emploi, ces questions n'étant pas directement reliées à la problématique examinée dans le présent texte. Nous tenons également à préciser que nous ne prétendons pas non plus analyser les diverses fonctions du droit du travail, notre étude visant la question du choix du contrat comme critère d'accès aux régimes du droit du travail qui cherchent à réaliser l'une de ses finalités, soit la protection des travailleurs. Nos propos doivent donc être compris comme faisant référence uniquement à cette problématique particulière.

I. Droit du travail et contrat de travail

L'insuffisance du droit civil pour satisfaire aux impératifs du travail salarié est à l'origine du développement du droit du travail. Or, l'examen de l'évolution de cette branche du droit impose deux constats. D'abord, il demeure un droit provenant de plusieurs sources, tant étatiques que privées³, y compris le contrat (I.1). Ensuite, le rapport de travail comporte un volet statutaire important (I.2).

I.1 Le rôle du droit civil dans le développement du droit du travail, un droit provenant de sources variées

Face à la question de savoir « pourquoi n'est-ce pas le droit civil qui régit les relations de travail? », le professeur A. Supiot⁴ explique que le travail salarié « comporte deux impératifs structureaux que le droit des obligations est incapable de satisfaire et qui l'y rendent inopérateur : l'objectivation du corps humain et la subordination de la volonté »⁵.

En faisant référence à une affirmation de Ripert selon laquelle « le travail c'est l'homme même, dans son corps et dans esprit, et qu'il n'y a pas là l'objet possible d'un contrat de droit privé », A. Supiot précise que l'objet premier du droit du travail a été de « suppléer » à cette incapacité du droit civil des obligations de préserver la sécurité physique des individus qui

³ Voir Pierre Verge, Gilles Trudeau et Guylaine Vallée, *Le droit du travail par ses sources*, Montréal, Thémis, 2006, aux pp. 7 et 172-181 [Verge, Trudeau et Vallée « Sources »].

⁴ Alain Supiot, « Pourquoi un droit du travail? », *Droit social*, no 6 (juin 1990) 485.

⁵ *Ibid.* à la p. 487.

travaillent dans l'entreprise d'autrui⁶. Cet aspect a été un point central dans le développement du droit du travail et concerne, selon cet auteur, non seulement l'hygiène et la sécurité proprement dites dans le milieu du travail, mais aussi d'autres règles reliées à la santé comme, par exemple, la durée du travail et les congés en cas de maladies, la protection des femmes enceintes, ou ce qu'il appelle « l'entretien du corps », qui vise les problèmes relatifs au salaire nécessaire pour la subsistance⁷.

De plus, le droit classique des contrats, fondé sur l'autonomie de la volonté des cocontractants, n'a pas non plus été capable de saisir le rapport de travail caractérisé par la subordination de l'une des parties dans une relation qui est inégale. D'où la nécessité du droit du travail qui est venu encadrer juridiquement l'exercice du pouvoir de l'employeur, lui conférant ainsi une légitimité et, simultanément, lui imposant des limites. Dans cet ordre d'idées, A. Supiot écrit :

« [...] Alors que dans le contrat civil la volonté s'engage, dans la relation de travail elle se soumet. L'engagement manifeste la liberté, la soumission la nie. Cette contradiction entre autonomie de la volonté et subordination de la volonté aboutit à ce que le salarié, en tant que sujet de droit, disparaît de l'horizon du droit civil lorsqu'il rentre dans l'entreprise, pour laisser place à un sujet tout court, soumis au pouvoir de normalisation du chef d'entreprise. Le droit du travail a eu et a toujours pour première raison d'être, de pallier ce manque, c'est-à-dire de « civiliser » le pouvoir patronal, en le dotant d'un cadre juridique d'exercice. Cet encadrement a signifié dans le même temps – irréductible ambivalence du droit – une légalisation et une limitation de ce pouvoir. »⁸
[références omises]

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.* Supiot réfère également dans son texte aux règles concernant « le vieillissement (discrimination par l'âge, retraites, etc. » et l' « intimité (règles relatives aux fouilles, à l'alcootest, ou la jurisprudence relative aux normes vestimentaires dans l'entreprise) ».

⁸ *Ibid.* aux pp. 487-488.

Dans un texte publié en 1993⁹, l'honorable M.-F. Bich, à l'époque professeure en droit du travail à l'Université de Montréal, identifie une évolution similaire des droits du travail des pays occidentaux à partir du XIXe siècle, laquelle se caractérise essentiellement par une intervention croissante de l'État dans les rapports entre les travailleurs et les employeurs face à l'insuffisance de la solution contractuelle pour résoudre la question du travail humain. L'auteure présente un schéma en trois étapes¹⁰. La première étape étant l'expression de l'idéologie libérale et individualiste dominante de l'époque, se caractérise par les postulats de la liberté de travail, du consensualisme et de l'égalité des cocontractants. Dans un deuxième temps, les abus découlant de la solution contractuelle fondée sur une fausse prémisse d'égalité des parties à la relation d'emploi ont amené le législateur à intervenir pour favoriser l'action collective des salariés. La troisième étape se distingue par une intervention directe de l'État qui a imposé des normes de travail impératives pour protéger les travailleurs.

Il est à noter qu'une justification de la relation d'emploi sous l'optique du « contrat de louage de services »¹¹, lequel n'aurait pas de différences conceptuelles avec le « contrat de travail »¹², a été proposée en France dans les années '90 par le professeur T. Revet. L'analyse du professeur Revet prend essentiellement appui sur deux notions, soit la liberté de travail et la subordination juridique. D'une part, la force de travail, qui est « source de valeur », est l'objet de la prestation qui caractérise le contrat de travail et la liberté de travail justifie juridiquement

⁹ Bich « Genèse », *supra* note 1.

¹⁰ *Ibid.* à la p. 517; voir aussi pp. 531, 559 et 564-565.

¹¹ Revet, Thierry, « L'objet du contrat de travail », *Droit social*, no 11 (novembre 1992) 859 [Revet « Objet »]. L'auteur a développé sa thèse dans l'ouvrage intitulé *La force de travail (étude juridique)*, Paris, Litec, 1992. Même si le texte a été publié il y a déjà plus de 20 ans, il s'agit d'une étude contemporaine qui tient compte des développements du droit du travail et non d'un texte publié durant la période d'apogée de la vision contractuelle, individualiste et libérale.

¹² Revet, « Objet », *ibid.* à la p. 867.

la « commercialisation » de cette force de travail, « elle rend la force de travail objectivable, donc commercialisable »¹³. D'autre part, la subordination juridique est perçue comme un « instrument d'objectivation de la force de travail : elle réalise sa commercialisation » et « elle révèle, également, l'obligation dont la force de travail est l'objet »; « la subordination étant inhérente au louage de services, variété du louage de choses, elle inscrit la force de travail dans le mécanisme de la location : elle la transforme en chose louée »¹⁴.

Or, en tenant compte de certaines remarques du professeur Revet qui réfère dans son analyse au caractère « fictif » de la dissociation juridique de la force de travail du salarié lui-même¹⁵, les professeurs P. Verge et G. Vallée¹⁶ estiment que l'approche proposée par T. Revet est en réalité mixte et ils mettent l'accent sur la « réalité historique » qui a donné naissance au droit du travail. Après avoir souligné que la « dissociation juridique de la capacité de travail du salarié de la personne même de ce dernier est « fictive » » et qu'« il paraît, en effet, impossible de contourner le fait « qu'une partie de la personne s'est transformée en objet de contrat » »¹⁷, ces auteurs écrivent :

« Envisagée dans son ensemble, cette approche se révèle mixte. La subordination, moyen d'objectivation de la force de travail, est d'un caractère personnel : l'employeur acquiert le pouvoir de diriger le salarié. D'où cette réalité historique d'un droit qui a pour mission essentielle de s'adresser à cette réalité, d'un « droit du travail » qui, de différentes façons, veut tenir compte de la situation du salarié qui « loue » ainsi sa capacité de travail et baliser la portée de la subordination »¹⁸.

¹³ *Ibid.* aux pp. 862 et 868.

¹⁴ *Ibid.* aux pp. 863 et 867.

¹⁵ Voir *ibid.* à la p. 868.

¹⁶ Pierre Verge et Guylaine Vallée, *Un droit du travail? Essai sur la spécificité du droit du travail*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, pp. 15-16 [Verge et Vallée « Essai »].

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ibid.* à la p. 16.

Le droit du travail découle ainsi d'une vision du rapport de travail centrée sur la personne du travailleur¹⁹. La force de travail étant inséparable de la personne du travailleur, ce dernier est au centre du contrat conclu avec son employeur, d'où la nécessité d'adapter la logique contractuelle à ce contrat particulier qui met en cause une partie de la personne elle-même, et ce, au-delà de la dénomination de contrat de louage de services ou de celle de contrat de travail qui s'y est substituée.

Dans cet ordre d'idées, A. Supiot souligne que le travail étant un « bien » selon l'approche contractuelle, « le droit du travail consiste en somme à remettre ce « bien » dans sa peau, à réinsérer la dimension corporelle, et donc extrapatrimoniale, du travail dans le jeu des catégories du droit des obligations, et à partir de là, à réinsérer, par cercles concentriques, tous les autres aspects de la personne du travailleur »²⁰. Il s'agit ainsi de garantir non seulement la sécurité physique du travailleur dans ses diverses dimensions, mais aussi sa sécurité économique qui est nécessaire à sa subsistance, allant même jusqu'au respect de l'identité du travailleur²¹. Le professeur Supiot expose comment le droit du travail a contribué à bâtir une « identité collective par le travail » résultant, d'une part, du rattachement à une catégorie qui découle de la place occupée dans le contrat, soit celle de « travailleur », et d'autre part, des

¹⁹ P. Verge définit le droit du travail comme un droit axé sur la personne qui exécute le travail dans Pierre Verge, « Le contrat de travail selon le Code civil du Québec : pertinence ou impertinence? », (1993) 24 *R.G.D.* 237, à la p. 241 [Verge « Contrat de travail »]. Dans ce texte, on lit :

« L'égalité formelle du rapport contractuel ne pouvait occulter durablement la situation réelle de la personne appelée à exécuter un travail subordonné. Dans l'ensemble des pays occidentaux notamment, principalement tout au cours du présent siècle, s'est ainsi développé un droit principalement axé sur le caractère, cette fois, « personnel » du travail exécuté. Classiquement, il s'agit d'un droit soucieux de prendre en compte à la fois l'importance de ce travail pour la personne qui l'exécute et le besoin de protection de celle-ci dans un rapport de travail en fait inégalitaire parce que subordonné. L'ensemble de ce droit diversifié s'identifie comme étant le « droit du travail » : un droit, en somme, dont l'orientation et les mécanismes vont au-delà de la commercialité du travail [...] » [références omises]

²⁰ Supiot, *Critique du droit du travail*, Paris, PUF, 2^e édition « Quadrige », 2007, à la p. 67 [Supiot « Critique »].

²¹ *Ibid.* aux pp. 67-107.

droits reconnus à l'ensemble de ces travailleurs²². Il explique également le passage à une « identité individuelle dans le travail » qui ressort de la prise en compte du travail comme « l'expression de la personne du salarié »²³.

Or, la nature singulière de la relation de travail a été reconnue par la Cour suprême du Canada plus d'une fois, que ce soit directement ou par la reconnaissance du caractère non marchand du travail humain²⁴, laquelle impose en fait d'écarter la logique classique des droits des obligations lorsque des enjeux concernant le rapport de travail sont en cause.

Ainsi, dans l'affaire *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act*²⁵ (« Renvoi PSERA»), portant sur le droit d'association, le juge Dickson, dissident, rappelle l'importance du travail humain en tant que composante de l'identité de la personne dans un énoncé repris par la Cour suprême dans d'autres décisions postérieures :

« Le travail est l'un des aspects les plus fondamentaux de la vie d'une personne, un moyen de subvenir à ses besoins financiers et, ce qui est tout aussi important, de jouer un rôle utile dans la société. L'emploi est une composante essentielle du sens de l'identité d'une personne, de sa valorisation et de son bien-être sur le plan émotionnel. C'est pourquoi les conditions dans lesquelles une personne travaille sont très importantes pour ce qui est de façonner l'ensemble des aspects psychologiques, émotionnels et physiques de sa dignité et du respect qu'elle a d'elle-même. En recherchant ce que signifie pour l'individu le fait d'avoir un emploi, le professeur David M. Beatty, dans son article intitulé "Labour is Not a

²² *Ibid.* aux pp. 86-97.

²³ *Ibid.* aux pp. 98-107.

²⁴ Sur le caractère non marchand du travail, voir également la constitution de l'Organisation internationale du Travail indiquant que « le travail n'est pas une marchandise » : OIT, Constitution de l'Organisation internationale du Travail, Annexe intitulée Déclaration concernant les buts et objectifs de l'Organisation internationale du travail, en ligne :

<http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:62:0::NO::P62_LIST_ENTRIE_ID,P62_LANG_CODE:2453907,fr:NO#declaration> (document consulté le 2 juin 2014).

²⁵ [1987] 1 R.C.S. 313.

Commodity", dans *Studies in Contract Law* (1980), donne la description suivante, à la p. 324:

[TRADUCTION] En tant que véhicule qui permet à l'individu d'atteindre le statut de membre utile et productif de la société, l'emploi est perçu comme permettant de reconnaître qu'il s'adonne à une activité valable. Il lui donne le sens de son importance. Par la réalisation de nos aptitudes et par l'apport d'une contribution que la société juge utile, l'emploi finit par représenter le moyen par lequel la plupart des membres de notre collectivité peuvent prétendre à un droit égal au respect et à la considération des autres. C'est par cette institution que la plupart d'entre nous acquérons, pour une grande part, le respect de soi et la dignité personnelle. »²⁶

[soulignements ajoutés]

Dans l'affaire *Slaight Communications inc. c. Davidson*²⁷, étaient en cause deux ordonnances d'un arbitre nommé en vertu du *Code canadien du travail*²⁸, l'une enjoignant à l'employeur de donner une lettre de recommandation à l'employé congédié injustement avec les informations indiquées dans la sentence et l'autre lui ordonnant de répondre à toute demande de renseignements à l'égard du plaignant par l'envoi de ladite lettre. Après avoir indiqué que le droit du travail a pour objectif principal de neutraliser l'inégalité qui caractérise les relations de travail et de reprendre la description de la doctrine qui voit dans la législation du travail une « tentative d'insuffler du droit dans une relation de commande et de subordination », le juge Dickson, au nom de la majorité, rappelle son énoncé dans l'affaire *Renvoi PSERA* relativement au rôle du travail humain, tout en précisant que celui-ci n'est pas un « produit »,

²⁶ *Ibid.* à la p. 368. Cet extrait est notamment repris dans : *Slaight Communications inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, pp. 1054-1055 [Slaight]; *Cabiakman c. Industrielle-Alliance*, [2004] 3 R.C.S. 195, 2004 CSC 55, para. 63 [Cabiakman]; *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 RCS 701, para. 93.

²⁷ *Slaight*, *ibid.* voir en particulier les pp. 1051-1055.

²⁸ S.C.R. 1970, chap. L-1, modifié par S.C. 1977-78, chap. 27, art. 21 (références telles que citées dans la décision).

ce qui empêchait de considérer l'indemnisation monétaire comme une mesure de rechange en l'espèce :

« Conformément au point de vue exprimé ci-dessus au sujet de la place qu'occupe la *Charte*, je ne vois aucune meilleure façon de décrire les relations employeur-employé que celle exprimée dans Davies et Freedland dans *Kahn-Freund's Labour and the Law* (3^e éd. 1983), à la p. 18:

[TRADUCTION] [L]a relation entre un employeur et un employé ou un travailleur isolé est typiquement une relation entre une personne qui est en situation d'autorité et une personne qui ne l'est pas. À son début, il s'agit d'un acte de soumission, dans son fonctionnement, il s'agit d'un acte de subordination [. . .] L'objectif principal du droit du travail a toujours été et, nous nous permettons de dire, sera toujours de neutraliser l'inégalité du pouvoir de négociation qui est et doit être inhérent dans les relations employeur-employé. La majeure partie de ce que nous appelons la législation protectrice, savoir la législation sur l'embauchage des femmes, des enfants et des jeunes, sur la sécurité dans les mines, dans les usines et dans les bureaux, sur le paiement de salaires au comptant, sur les paiements de garantie, sur la discrimination fondée sur la race ou le sexe, sur les congédiements injustes, et, en fait, la majeure partie de la législation du travail tout entière, doivent être situées dans ce contexte. Il s'agit d'une tentative d'insuffler du droit dans une relation de commande et de subordination. »²⁹
[soulignements ajoutés]

**

« L'indemnisation monétaire ne peut être qu'une mesure de rechange si le travail est assimilé à un produit et si chaque jour sans travail est considéré comme étant parfaitement réductible à une valeur monétaire. Comme je l'ai affirmé dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, à la p. 368, "[l]'emploi est une composante essentielle du sens de l'identité d'une personne, de sa valorisation et de son bien-être sur le plan émotionnel". Considérer le travail comme étant un produit est incompatible avec une telle perspective qui ressort de l'objectif de redressement choisi par l'arbitre. Présenter l'indemnisation monétaire comme une mesure moins envahissante revient en fait à contester la légitimité de l'objectif. »³⁰
[soulignements ajoutés]

²⁹ *Slaight*, *supra* note 26, pp. 1051-1052.

³⁰ *Ibid.* aux pp. 1054-1055.

Dans une affaire de common law, *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*³¹, le juge Iacobucci, écrivant pour la majorité, précise que « [l]e contrat de travail comporte de nombreuses caractéristiques qui le distinguent du contrat commercial ordinaire »³². Avec référence à la jurisprudence antérieure de la Cour³³, les juges majoritaires reprennent l'idée du pouvoir inégal des parties au contrat de travail et rappellent que l'emploi est une composante essentielle du sens de l'identité de la personne, tout en précisant que « la façon dont il peut être mis fin à un emploi revêt tout autant d'importance pour l'identité d'une personne que le travail lui-même »³⁴. De plus, selon la majorité de la Cour, « pour que les employés puissent bénéficier d'une protection adéquate, les employeurs devraient assumer une obligation de bonne foi et de traitement équitable dans le mode de congédiement »³⁵. Cette façon de voir les choses qui tient compte du respect de la bonne foi comme une exigence nécessaire pour assurer une « protection adéquate » à la partie plus vulnérable du rapport d'emploi n'est pas sans intérêt au Québec, l'obligation de bonne foi faisant partie du droit civil québécois et « de l'ordre public dans le contexte du contrat de travail »³⁶.

Dans l'affaire *Cabiakman c. Industrielle-Alliance*³⁷, la Cour suprême, sous la plume des juges LeBel et Fish, réfère au « particularisme du contrat de travail » en droit québécois. Ainsi, la Cour souligne que « [l]a subordination juridique du salarié à son employeur constitue la caractéristique la plus importante de la convention, lorsqu'on tente de la qualifier de contrat de

³¹ *Supra* note 26.

³² *Ibid.* au para. 91.

³³ *Ibid.* voir para. 91-95.

³⁴ *Ibid.* au para. 95.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ Voir *Code civil du Québec*, RLRQ c. C-1991 [C.c.Q.], art. 6, 7 et 1375, et *Syndicat de l'enseignement de la région de Québec c. Ménard*, 2005 QCCA 440 (CanLII), [2005] R.J.Q. 2015, en particulier aux para. 49-55.

³⁷ *Cabiakman*, *supra* note 26.

travail et de la distinguer d'autres contrats à titre onéreux »³⁸. La Cour précise également que le pouvoir de suspendre unilatéralement l'exécution des prestations réciproques du contrat de travail ne semble pas être compatible avec le droit des obligations traditionnel³⁹. De plus, elle fait état de la position d'une partie de la doctrine qui explique l'existence du pouvoir de l'employeur de suspendre l'exécution du contrat de travail à partir de la « nature spéciale de ce contrat », dont le caractère distinct découle considérablement « de l'assujettissement juridique de l'employé au pouvoir de direction et de contrôle de son employeur et de la nature *intuitu personae* » de la convention⁴⁰. La Cour ajoute que « [c]e particularisme du contrat de travail se manifeste d'ailleurs dans la pratique des rapports de travail collectifs ou individuels », laquelle « tend en effet à confirmer que certaines interruptions des prestations prévues dans le cadre d'une relation du travail ne mettent pas nécessairement fin à celle-ci »⁴¹, tout en précisant que certaines de ces pratiques ont été reçues dans la législation du travail⁴².

Pour ce qui est de la situation au Québec en particulier, le développement du droit du travail répond, pour l'essentiel, au schéma décrit plus haut par M.-F. Bich⁴³. Au XIXe siècle⁴⁴, le rapport de travail est classé parmi les contrats et traité comme un louage de services sous l'empire du *Code civil du Bas-Canada* : la force de travail étant le « capital » que la personne

³⁸ *Ibid.* au para. 28.

³⁹ *Ibid.* au para. 31.

⁴⁰ *Ibid.* aux para. 34-36.

⁴¹ *Ibid.* au para. 37.

⁴² *Ibid.*, aux para. 38-42. La Cour suprême réfère notamment aux dispositions de la *Loi sur les normes du travail*, RLRQ ch. N-1.1, et du *Code du travail*, RLRQ ch. C-27, concernant la mise à pied et la grève et le lock-out, respectivement (les références législatives ont été adaptées au mode de citation actuel des lois québécoises).

⁴³ Bich « Genèse », *supra* note 1. Pour un résumé de l'évolution historique du droit du travail au Canada et au Québec, voir Gagnon, LeBel, Verge, *supra* note 1.

⁴⁴ Dans son étude portant sur la genèse du droit du travail au Québec, M.-F. Bich décrit le rapport de travail avant l'industrialisation comme étant de nature domestique et s'insérant dans une conception familiale. Il est essentiellement régi par des dispositions de nature pénale. Voir Bich « Genèse », *supra* note 1, en particulier aux p. 520-528.

« loue »⁴⁵, le travail humain est objectivé. Or, les abus de l'époque industrielle ont motivé les réactions des travailleurs et du pouvoir public, lequel a fini par favoriser l'action collective et intervenir directement dans le rapport de travail. Le droit du travail provient ainsi de sources multiples.

Le droit des rapports collectifs du travail a passé par différentes étapes de tolérance, d'acceptation passive, ainsi que de protection et de promotion⁴⁶ : le droit à la négociation collective des conditions de travail a été reconnu dans la sphère provinciale par la *Loi des relations ouvrières*⁴⁷ de 1944, laquelle fut remplacée par le *Code du travail*⁴⁸ (« Ct ») de 1964, ce dernier ayant fait l'objet de plusieurs modifications postérieures⁴⁹.

Par ailleurs, l'intervention directe du législateur québécois sur le rapport d'emploi s'est manifestée par l'adoption de diverses normes impératives, dont la *Loi sur les normes du travail*⁵⁰ (« Lnt »), qui établit des normes minimales applicables à l'ensemble des salariés, la *Loi sur la santé et la sécurité du travail*⁵¹ (« Lsst »), qui a pour objet d'éliminer à la source même des dangers pour la santé et l'intégrité physique des travailleurs, ou la *Loi sur les accidents du travail et maladies professionnelles*⁵² (« Latmp »), dont l'objectif est la

⁴⁵ *Ibid.* à la p. 528.

⁴⁶ Michel Coutu, Laurence Léa Lafontaine, Georges Marceau et Urwana Coiquaud, *Droit des rapports collectifs du travail au Québec*, 2^e édition, vol. 1, Cowansville, Yvon Blais, 2013, aux pp. 79-95 [Coutu, Lafontaine, Marceau et Coiquaud].

⁴⁷ S.R.Q. 1941, c. 162A, référence telle que citée dans *ibid.* aux pp. 88-92.

⁴⁸ S.Q. 1964, c. 45 (S.R.Q. 1964, c. 141), référence telle que citée dans *ibid.* aux pp. 92-93. Référence actuelle du *Code du travail* : RLRQ c. C-27.

⁴⁹ Coutu, Lafontaine, Marceau et Coiquaud, *supra* note 46, en particulier aux pp. 92-95.

⁵⁰ RLRQ c. N-1.1.

⁵¹ RLRQ c. S-2.1.

⁵² RLRQ c. A-3.001.

réparation des lésions professionnelles et ses conséquences, pour ne mentionner que quelques exemples⁵³.

À cela s'ajoutent les droits et libertés fondamentaux reconnus par les Chartes⁵⁴ relativement au travail, dont le droit d'association et les protections contre la discrimination. Rappelons que le droit du travail a été caractérisé comme une « discipline transversale » en ce sens qu' « il se définit exclusivement par les relations qu'il régit [celles liées au travail salarié] et non par la nature de ses règles ou les mécanismes juridiques qu'il met en œuvre, il recoupe plusieurs grandes branches du droit »⁵⁵. Dans cet ordre d'idées, tout en reconnaissant le « caractère distinctif » du droit du travail et le fait qu'il possède une « logique propre », M.-F. Bich souligne qu'« il n'est pas que droit de l'emploi, il est aussi droit constitutionnel, droit administratif, droit des obligations, droit pénal, etc.; c'est le lieu de prédilection des politiques législatives anti-discrimination »⁵⁶.

Cela dit, il est à noter que le droit civil a également évolué. Avec l'avènement du *Code civil du Québec*⁵⁷ (« C.c.Q. ») le contrat de travail s'est substitué au louage de services. Les articles 2085 à 2097 C.c.Q. traitent du contrat de travail, notamment, en donnant une définition de

⁵³ Pour un résumé de l'intervention directe de l'État dans la détermination des conditions de travail comme une réponse aux abus de l'étape de l'industrialisation, voir Verge, Trudeau et Vallée « Sources », *supra* note 3, aux pp. 45-54.

⁵⁴ *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12, et *Charte canadienne des droits et libertés*, Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* constituant l'annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R.-U.), 1982, c. 11. Notons que la Cour suprême du Canada a considéré comme inclus dans la liberté d'association le droit de négociation collective dans l'affaire *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, [2007] 2 R.C.S. 391, 2007 CSC 27.

⁵⁵ Gérard Couturier, *Droit du travail*, Paris, PUF, 1990, vol. 1, aux pp. 15-16 et 74. M.-F. Bich reprend cette caractérisation du droit du travail dans Bich « Genèse », *supra* note 1, à la p. 561.

⁵⁶ Bich « Genèse », *ibid.* aux pp. 560-561.

⁵⁷ *C.c.Q.*, *supra* note 36.

celui-ci axée sur la subordination⁵⁸ et en reconnaissant d'une certaine façon le caractère « personnel » de ce contrat particulier, entre autres, avec l'imposition à l'employeur d'un devoir de protéger la santé et la sécurité du salarié⁵⁹. Or, malgré quelques notes distinctives, la doctrine indique que le nouveau régime du contrat de travail ne constitue pas un changement fondamental par rapport au système antérieur :

« [...] Le contenu des conditions de travail relève toujours de la liberté contractuelle, et le contrat de travail, s'il est mieux défini et entraîne certaines obligations traduisant la dimension personnelle du travail salarié, demeure essentiellement consensuel. Sauf quelques rares exceptions, notamment en matière de préavis de cessation d'emploi, le législateur n'a pas inséré de conditions de travail obligatoires dans le Code civil, ce qui a laissé inaltéré le rôle essentiel de la *Loi sur les normes du travail* et des autres lois relatives au travail. »⁶⁰
[références omises]

À ce stade, il convient de rappeler que le *C.c.Q.* constitue le droit commun au Québec, conformément à ce qu'exprime sa disposition préliminaire⁶¹. Relativement aux matières auxquelles se rapportent la lettre, l'esprit ou l'objet des dispositions dudit code, « il constitue le fondement des autres lois qui peuvent elles-mêmes ajouter au code ou y déroger »⁶². Le *C.c.Q.* peut ainsi être utilisé pour combler les lacunes de la législation spécifique en matière de

⁵⁸ Art. 2085 *C.c.Q.*

⁵⁹ Art. 2087 *C.c.Q.* Voir Verge et Vallée « Essai », *supra* note 16, à la p. 19.

⁶⁰ Verge, Trudeau et Vallée « Sources », *supra* note 3, à la p. 53. Voir aussi : Marie-France Bich, « Le contrat de travail », dans *La réforme du Code Civil*, t. 2, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1993, aux pp. 743-796, en particulier à la p. 745 [Bich « Réforme »].

⁶¹ La disposition préliminaire du *C.c.Q.* se lit ainsi :

« Le Code civil du Québec régit, en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne (chapitre C-12) et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens.

Le code est constitué d'un ensemble de règles qui, en toutes matières auxquelles se rapportent la lettre, l'esprit ou l'objet de ses dispositions, établit, en termes exprès ou de façon implicite, le droit commun. En ces matières, il constitue le fondement des autres lois qui peuvent elles-mêmes ajouter au code ou y déroger. »

⁶² *Ibid.*

travail, mais cette législation peut elle-même déroger au code. Voilà une forme d'interaction entre le droit civil et le droit du travail.

En somme, le développement d'un droit du travail à l'extérieur de l'accord des volontés entre l'employeur et le travailleur constitue une réaction à l'incapacité de la solution contractuelle de donner une réponse à la problématique découlant de la réalité du travail salarié. Le droit du travail, imprégné d'une vision réaliste, est centré sur la personne qui travaille sous la dépendance d'autrui, « il s'agit d'un droit soucieux de prendre en compte à la fois l'importance de ce travail pour la personne qui l'exécute et le besoin de protection de celle-ci dans un rapport de travail en fait inégalitaire parce que subordonné »⁶³. La solution exclusivement consensuelle correspondant à une période marquée par l'individualisme et le libéralisme économique a ainsi cédé la place au « statut »⁶⁴. Le contenu obligationnel du rapport de travail ne provient plus uniquement de la volonté des parties, mais aussi de la loi.

L'intervention législative, que ce soit directement par l'adoption des normes impératives visant à protéger les travailleurs ou indirectement par l'encadrement de la négociation collective et la reconnaissance légale des règles issues de cette dernière, a conféré un visage distinct au rapport d'emploi qui, par nécessité, s'est vu ajouter un « volet statutaire » dans le sens d'ensemble de droits et d'obligations qui est indépendant de la volonté des parties au rapport individuel de travail. Dans cet esprit, les auteurs P. Verge et G. Vallée soulignent que

⁶³ Verge « Contrat de travail », *supra* note 19, à la p. 241. Voir aussi, Verge et Vallée « Essai », *supra* note 16, à la p.74.

⁶⁴ Voir Verge et Vallée « Essai », *ibid.*

« [d]e toute cette action législative, il résulte aujourd'hui un « statut » de salarié, au sens plus souple du terme cette fois, ensemble de droits et d'obligations, procédant des diverses lois ou, à tout le moins, affirmés légalement par elles lorsqu'ils dérivent de la négociation collective »⁶⁵. La référence au « volet statutaire » du rapport de travail dont traite la section suivante du présent mémoire doit être comprise dans ce sens.

I.2 Le volet statutaire du rapport de travail

Le développement du droit du travail s'est notamment manifesté par une importante intervention de l'État qui a « interposé la loi »⁶⁶ entre les deux parties à la relation d'emploi. Ainsi, le rapport salarial, même lorsqu'il provient d'un accord entre le travailleur et l'employeur (on verra plus bas que ce n'est pas la seule justification possible), comporte un volet statutaire qui est étranger à la volonté des parties, ce qui a fait dire à la doctrine qu'« il n'est plus un arrangement purement privé : l'État, en y attachant des droits de protection sociale, l'a en quelque sorte institutionnalisé et en est devenu la troisième partie »⁶⁷.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ Nous reprenons ici l'expression utilisée par M.-F. Bich dans Bich « Genèse », *supra* note 1, à la p. 565. L'auteure décrit l'évolution du droit du travail en ces termes :

« [...] Tous ces droits que nous avons examinés avec plus ou moins d'attention, ont, à partir du XIX^e siècle en gros, connu une évolution semblable, *interposant la loi entre le travailleur et l'employeur*, partant d'un libéralisme absolu pour aboutir à une protection directe de l'emploi, en passant par la promotion de régimes collectifs de travail; la majeure partie de ce développement est le fruit d'une activité législative dont l'importance croît partout avec le siècle et qui engendrent, dans le domaine du droit du travail, une convergence méthodologique des systèmes juridiques » [italiques ajoutés].

⁶⁷ Guylaine Vallée, « Reconnaître la relation de travail dans des modèles organisationnels complexes : une question de méthode? », (2008) 42 *R.J.T.* 519, à la p. 532, en ligne, <<http://www.editionsthemis.com/uploaded/revue/article/rjtv042num3/vallee.pdf>> (document consulté le 2 juin 2014) [Vallée « Reconnaître »].

Plusieurs lois québécoises en matière de travail contiennent des dispositions d'ordre public. Le législateur se sert ainsi de cet instrument régulateur de la liberté individuelle qu'est l'ordre public dans le but de restaurer l'équilibre entre les parties au rapport de travail qui est de par sa nature inégalitaire⁶⁸. Dans l'affaire *Syndicat de la fonction publique du Québec c. Québec (Procureur général)*⁶⁹, la Cour suprême a souligné, à l'occasion d'une analyse portant sur l'application de la *Lnt* dans un contexte de rapports collectifs de travail, que cette loi d'ordre public, qui vise à assurer aux salariés des protections minimales, déroge aux règles de la liberté contractuelle et s'impose à toute convention privée, tout en précisant que « [l']ordre public législatif produit donc ses effets sur le contenu même du contrat de travail ou de la convention collective et non uniquement sur son encadrement juridique »⁷⁰.

On observe donc que le rôle de l'ordre public demeure fondamental dans le domaine des relations de travail. Notons que dans l'affaire *Garcia Transport ltée c. Cie Royal Trust*⁷¹, la Cour suprême du Canada a qualifié les lois concernant « les relations et les normes de travail » comme des lois d'ordre public édictées dans l'intérêt non seulement des travailleurs mais aussi du public⁷².

Parmi les lois établissant des protections minimales en matière de travail on retrouve, notamment, la *Lnt*, la *Latmp*, la *Lsst* et la *Loi sur l'équité salariale*⁷³ (« L.e.s. »). D'autres lois

⁶⁸ Voir Louise Otis, « L'ordre public dans les relations de travail », (1999) 40 *C. de D.* 381, aux pp. 382-383, en ligne : < <http://www.erudit.org/revue/cd/1994/v40/n2/043547ar.pdf> > (document consulté le 2 juin 2014).

⁶⁹ 2010 CSC 28, [2010] 2 R.C.S. 61.

⁷⁰ *Ibid.* aux para. 6, 7, 10, 13 et 41. Cette affaire portait sur une question de compétence mais elle soulevait, de façon plus générale, celle des effets de la *Lnt* sur le contenu de la convention collective. La majorité de la Cour suprême, sous la plume du juge LeBel, a appliqué la théorie de la hiérarchie des sources en droit du travail et conclu à la nullité absolue des dispositions conventionnelles contraires à l'ordre public de la *Lnt*.

⁷¹ [1992] 2 R.C.S. 499.

⁷² *Ibid.* à la p. 523.

⁷³ RLRQ ch. E-12.001.

peuvent s'ajouter à cette liste⁷⁴, mais nous retenons celles précédemment mentionnées pour illustrer la situation.

La *Lnt* énonce des conditions minimales de travail que la loi elle-même déclare d'ordre public à l'article 93. Cette disposition, conjuguée avec l'article 94, prévoit une interdiction de déroger aux normes du travail, sauf s'il s'agit d'établir des conditions de travail plus avantageuses, sous peine de nullité absolue de la convention⁷⁵ individuelle ou collective qui contrevient à la loi. Les protections minimales consacrées dans la *Lnt* concernent, notamment, le salaire, la durée du travail, les jours fériés, les congés annuels, les absences du travail, les indemnités de fin d'emploi, la protection contre le congédiement injustifié.

La *Lsst* établit des normes minimales en matière de santé et de sécurité des travailleurs. Le législateur déclare à l'article 4 de la *Lsst* que cette loi est d'ordre public, tout en prévoyant qu'« une disposition d'une convention ou d'un décret qui y déroge est nulle de nullité absolue », à l'exception des cas où il s'agit de « dispositions plus avantageuses pour la santé, la sécurité ou l'intégrité physique du travailleur »⁷⁶. La *Lsst* a une fonction préventive, son but étant l'« élimination à la source même des dangers pour la santé, la sécurité et l'intégrité physique des travailleurs »⁷⁷. Cette loi met sur les épaules de l'employeur l'obligation de

⁷⁴ Il ne s'agit pas d'une liste exhaustive. Dans l'affaire *Isidore Garon c. Tremblay*, 2006 CSC 2, [2006] 1 R.C.S. 27, para. 114 [Isidore Garon], le juge LeBel, dissident, mentionne aussi la *Loi sur les décrets de convention collective*, RLRQ ch. D-2; la *Loi assurant l'exercice des droits des personnes handicapées en vue de leur intégration scolaire, professionnelle et sociale*, RLRQ ch. E-20.1; la *Loi sur la fête nationale*, RLRQ ch. F-1.1; la *Loi sur la fonction publique*, RLRQ ch. F-3.1.1 (dans les références nous avons suivi le nouveau mode de citation des lois et règlements québécois).

⁷⁵ L'art. 1 (4) *Lnt* prévoit que le terme convention comprend tant le contrat individuel de travail que la convention collective au sens de l'art. 1 d) *Ct*.

⁷⁶ La convention à laquelle réfère l'article 4 comprend le contrat individuel de travail et la convention collective (art. 1 *Lsst*).

⁷⁷ Art. 2 *Lsst*.

« prendre les mesures nécessaires pour protéger la santé et assurer la sécurité et l'intégrité physique du travailleur »⁷⁸ et reconnaît à ce dernier le « droit à des conditions de travail qui respectent sa santé, sa sécurité et son intégrité physique »⁷⁹. De façon plus particulière, la *Lsst* prévoit notamment le droit de refus d'exécuter le travail et le droit au retrait préventif de la travailleuse enceinte ou qui allaite⁸⁰.

La *Latmp* est également déclarée d'ordre public par le législateur à son article 4, celui-ci prévoyant le droit des parties au rapport de travail d'y déroger uniquement pour prévoir des dispositions plus avantageuses pour le travailleur. À la différence de la *Lsst*, qui elle est de nature préventive, la *Latmp* a pour objet « la réparation des lésions professionnelles et des conséquences qu'elles entraînent pour les bénéficiaires »⁸¹. Les mécanismes prévus pour remplir cet objectif sont essentiellement constitués du paiement d'indemnités de remplacement de revenu et d'indemnités pour préjudice corporel et décès, de la prestation de soins médicaux nécessaires en raison de la lésion, de la réadaptation physique, sociale et professionnelle du travailleur et du droit de retour au travail du travailleur.

La *L.e.s.* a pour objet « de corriger les écarts salariaux dus à la discrimination systémique fondée sur le sexe à l'égard des personnes qui occupent des emplois dans des catégories

⁷⁸ Art. 51 *Lsst*.

⁷⁹ Art. 9 *Lsst*.

⁸⁰ Pour l'essentiel, le droit de refus permet au travailleur de ne pas exécuter le travail lorsqu'il a des motifs raisonnables de croire qu'il l'expose à un danger pour sa santé ou sa sécurité ou que l'exécution du travail peut avoir pour effet d'exposer un tiers à un tel danger (art.12). Le droit au retrait préventif de la travailleuse enceinte ou de la travailleuse qui allaite confère à la travailleuse dont le travail comporte des dangers physiques pour elle-même ou l'enfant à naître, ou pour l'enfant qu'elle allaite, le droit de demander une réaffectation à des tâches exemptées de danger, et si celle-ci n'est pas effectuée immédiatement, le droit de cesser de travailler et de recevoir le salaire les cinq premiers jours et par la suite une indemnité (art. 40-42 et 46-48).

⁸¹ Art. 1 *Latmp*.

d'emplois à prédominance féminine »⁸². Le caractère d'ordre public de la loi ressort de son article 2, lequel prévoit que la loi « a effet malgré toute disposition d'une entente, d'un contrat individuel de travail, d'une convention collective ». Cette loi impose aux employeurs des obligations variables selon le nombre des salariés de l'entreprise, lesquelles consistent essentiellement soit à la détermination des ajustements salariaux nécessaires pour atteindre l'équité salariale, soit à l'établissement d'un programme d'équité salariale.

Outre ces lois directement protectrices des travailleurs, le *Ct* encadre le droit de négociation collective des conditions de travail. De façon générale, il accorde le monopole de la représentation à l'association de salariés accréditée, affirme l'effet obligatoire de la convention collective qui lie tous les salariés visés par l'accréditation et prévoit le recours à l'arbitrage de grief pour résoudre les conflits concernant l'application et l'interprétation des conventions collectives. Il est à noter que plusieurs dispositions du *Ct* revêtent le caractère d'ordre public⁸³. Par ailleurs, l'article 62 *Ct* reconnaît que l'ordre public du travail prévaut sur la convention collective, cette dernière ne pouvant pas contenir des dispositions relatives aux conditions de travail qui sont contraires à l'ordre public ou prohibées par la loi.

Ainsi, le rapport de travail établi entre deux personnes, soit l'employeur et le salarié, est constitué d'une série de droits et d'obligations qui découlent des sources multiples, tant publiques que privées. Ces droits et obligations rattachés à la relation de travail ne sont pas nécessairement le résultat de l'accord des volontés entre l'employeur et le salarié, le rapport de

⁸² Art. 1 *L.e.s.*

⁸³ Voir Otis, *supra* note 68, aux pp. 395-396. De plus, dans l'affaire *Isidore Garon*, *supra* note 74, au para. 155, le juge LeBel, dissident, réfère au caractère d'ordre public des art. 100 à 102 *Ct* portant sur l'arbitrage de griefs, lequel découle de l'art. 100 al. 3 *Ct*; il qualifie également d'ordre public les art. 47, 47.2 et 63 *Ct*.

travail comportant un volet statutaire important qui s'impose aux parties en tant que seuil minimal à respecter.

En effet, le « rapport salarial » a été décrit par la doctrine comme une relation « de nature individuelle » dans laquelle le salarié exécute une prestation de travail contre rémunération sous la dépendance et au profit d'un employeur⁸⁴, ce rapport étant à l'origine d'un ensemble de droits et d'obligations entre les parties provenant de l'accord de volonté intervenu entre elles, de la loi ou de la convention collective négociée entre l'employeur et le syndicat accrédité qui lie les salariés de l'unité qu'il représente, le cas échéant⁸⁵ : « Y correspond ainsi un statut juridique de salarié dont le contenu se trouve défini par l'apport combiné et variable, selon les circonstances, de différentes sources, aussi bien publiques, comme la loi, que privées, dont des conventions individuelles ou collectives »⁸⁶.

Cela dit, la question est de savoir quel est l'élément qui détermine l'existence du rapport de travail auquel se rattache cet ensemble de droits et d'obligations prévu dans les régimes de protection conçus par le législateur. En France, le volet statutaire est « incorporé » au contrat de travail; on parle de l'« insertion du statut dans le contrat »⁸⁷. Au Québec, l'application des lois du travail ne dépend pas toujours de l'existence d'un contrat de travail, il y a une « certaine ambivalence »⁸⁸ selon la doctrine, le constat factuel d'une relation de travail

⁸⁴ Verge, Trudeau et Vallée « Sources », *supra* note 3, à la p. 62.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ Supiot « Critique », *supra* note 20, aux pp. 27-33.

⁸⁸ Verge, Trudeau et Vallée « Sources », *supra* note 3, à la p. 62. Voir aussi Verge et Vallée « Essai », *supra* note 16, à la p. 85.

pouvant suffire dans certains cas. Cela nous amène à examiner le rôle du contrat dans l'accès aux régimes de protection des travailleurs.

* * *

II. Le rôle du contrat dans l'accès aux régimes de protection des travailleurs

On vient de voir que même si le développement du droit du travail se veut une réaction à l'incapacité du droit des obligations de satisfaire aux impératifs du travail salarié, le droit civil n'a pas pour autant disparu du portrait des règles régissant le rapport d'emploi, lequel est encadré par des dispositions provenant des sources variées qui interagissent entre elles⁸⁹, dont le contrat et la loi. Or, l'une des manifestations de cette interaction est le fait que le législateur québécois a fait dépendre l'application de certains régimes en matière de travail de l'existence d'un contrat de travail, tout en prévoyant que l'exécution du travail est suffisante à cet effet dans d'autres cas.

Deux courants coexistent quant au fondement du rapport de travail qui donne ouverture à l'application des lois protectrices des travailleurs⁹⁰. Pour l'essentiel, la thèse « contractuelle » voit dans l'accord des volontés intervenu entre l'employeur et le salarié le fondement dudit rapport; pour les tenants de cette thèse c'est l'élément consensuel qui détermine l'existence du rapport de travail⁹¹. Pour ceux qui soutiennent la théorie de la « relation de travail », c'est l'exécution du travail qui est essentielle, le rapport de travail résultant de cet élément factuel⁹². Les divers systèmes juridiques adhèrent généralement à l'une ou l'autre de ces façons de concevoir le rapport de travail.

⁸⁹ Voir Verge, Trudeau et Vallée « Sources », *supra*, note 3.

⁹⁰ Voir Pierre Verge, « Réalité juridique du rapport de travail », dans Gilles Trudeau, Guylaine Vallée, Diane Veilleux (dir.), *Études en droit du travail à la mémoire de Claude D'Aoust*, Cowansville, Yvon Blais, 1995, pp. 343-367, en particulier aux pp. 348-357 [Verge « Réalité »]; Verge et Vallée « Essai », *supra* note 16, aux pp. 73-85.

⁹¹ Verge « Réalité », *ibid.* aux pp. 348-352; Verge et Vallée « Essai », *ibid.* aux pp. 75-79.

⁹² Verge « Réalité », *ibid.* aux pp. 352-357; Verge et Vallée « Essai », *ibid.* aux pp. 79-85.

Dans cette deuxième partie du texte, nous étudierons, dans un premier temps, les deux fondements possibles du rapport de travail (II.1), pour nous pencher par la suite sur le traitement accordé à la question de la nature du rapport de travail au Québec et ailleurs (II.2). Dans un troisième temps, nous examinerons les inconvénients de l'approche contractuelle (II.3).

II.1 Deux fondements possibles du rapport de travail : le « contrat » et la « relation de travail »

Les professeurs P. Verge et G. Vallée expliquent que la discussion portant sur la justification juridique du rapport de travail se situe à l'intérieur d'un débat plus ample en droit relatif au réalisme et à l'idéalisme juridique⁹³. Ce débat concerne essentiellement l'opposition entre l'« idéal » et le « matériel »⁹⁴. Dans une étude publiée en 1950, R. Savatier aborde cette problématique en se posant la question suivante : « Le « fait » gagne-t-il aux dépens du « droit »? »⁹⁵. L'auteur se penche sur la place croissante occupée par des « structures de fait » au détriment des « structures juridiques ». Il explique le phénomène du remplacement des « sources de droit traditionnelles » par le « fait brut », en indiquant que « le *donné* réel immédiat est en train de se débarrasser du *construit* »⁹⁶. Les notions juridiques sont ainsi

⁹³ Verge et Vallée « Essai », *supra* note 16, à la p. 73.

⁹⁴ R. Savatier, « Réalisme et idéalisme juridique en droit civil d'aujourd'hui – structures matérielles et structures juridiques », dans *Le droit privé français au milieu du XXe siècle – Études offertes à Georges Ripert*, tome I, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1950, aux pp. 75-92.

⁹⁵ *Ibid.* à la p. 75.

⁹⁶ *Ibid.* à la p. 76.

dissociées du fait auquel elles sont en définitive rattachées et des effets juridiques sont assignés au « fait brut » lui-même. R. Savatier illustre la problématique à l'aide de plusieurs exemples, dont celui du déplacement du concept juridique du « contrat » au profit de la « relation de travail ». L'extrait suivant de l'étude de R. Savatier résume bien la situation :

« Partout, les caractères généraux du dépérissement de l'idéalisme juridique semblent les mêmes.

Ce dépérissement frappe un concept juridique, qui dérivait de l'alliance d'un fait brut avec une idée, elle-même inspirée d'une certaine conception de la justice.

Et l'évolution actuelle dénonce cette ancienne alliance, pour affranchir le fait brut de l'idée, tout en maintenant, à ce simple fait, une large virtualité juridique.

Idéalement, pour prendre un exemple, les divers contrats étaient un hommage rendu par les juristes à la liberté de l'homme, dont l'engagement paraissait la source de droit par excellence. Mais, dans chaque contrat, cet engagement se superposait à un fait. [...] Le louage de services traduisait en obligations volontairement assumées par les contractants, le fait brut d'un travail subordonné, accompli par un homme pour le compte d'autrui. Or, ce travail lui-même se fertilise juridiquement, en la *relation de travail*, jusque dans les cas où il ne s'accompagne d'un accord contractuel. Partout, le mouvement du droit récent est le même. Sous le vêtement idéal dont l'avaient recouvert les juristes, il fait affleurer la réalité nue. Dans tous ces contrats, ce sont les prestations matérielles qui tendent, aujourd'hui, par les nécessités immédiates de leur nature, à devenir la source de droit, l'emportant, en quelque sorte, sur les engagements volontaires qui, au plan humain, les idéalisent. »⁹⁷

⁹⁷ *Ibid.* aux pp. 76-77. Nous avons omis de reproduire dans le texte les extraits portant sur d'autres contrats, comme la société et le louage de choses. Il est à noter que R. Savatier examine également dans son étude les diverses raisons pouvant être à l'origine du réalisme en droit.

Or, la façon de caractériser le rapport de travail semble avoir été influencée par deux traditions juridiques distinctes, soit la « culture romaniste » et la « culture germanique »⁹⁸, axées respectivement sur l'aspect consensuel et factuel.

Le professeur A. Supiot indique que plusieurs droits européens du XIXe siècle, dont le droit français, sont une manifestation de la culture romaniste⁹⁹. Ainsi, le Code Napoléon fait appel à la notion de louage de services provenant du droit romain pour expliquer le rapport de travail¹⁰⁰. Par la *locatio operarum* romaine un homme libre disposait de sa personne au bénéfice d'autrui en se « louant » lui-même. Ce mécanisme répondait au modèle de la *locatio hominis*, une espèce de louage de choses dans laquelle on louait un esclave¹⁰¹. Les droits européens du XIXe siècle fondés sur l'approche romaniste ont donc caractérisé le rapport de travail comme faisant partie du droit des contrats : le travail humain est objectivé et la location de la force de travail est vue comme une « opération d'échange » conclue entre les parties qui sont sur un pied d'égalité¹⁰².

La culture germanique trouve sa source en l'ancien droit germanique dans lequel une personne se plaçait au service d'autrui par le biais d'un contrat de vassalité caractérisé essentiellement par la présence de trois éléments : un lien de nature personnelle, un devoir de fidélité et

⁹⁸ Voir Supiot « Critique », *supra* note 20, aux pp. 13-27. L'auteur caractérise ces deux traditions juridiques, tout en examinant leur influence sur la conception du rapport de travail dans divers systèmes juridiques européens. Aux fins du présent travail, nous reprenons uniquement l'essentiel de ces deux cultures juridiques (telles que décrites par Supiot) qui permet de comprendre le développement des approches fondées sur le contrat (romaniste) ou la relation de travail (germanique).

⁹⁹ Supiot « Critique », *ibid.* aux pp. 13-16. L'auteur explique que le contrat de location de services est une expression de la culture romaniste.

¹⁰⁰ *Ibid.* à la p. 14.

¹⁰¹ *Ibid.* aux pp. 13-14.

¹⁰² *Ibid.* aux pp. 15-16.

l'appartenance à une communauté¹⁰³. Par opposition à la conception romaniste du rapport de travail d'origine contractuelle, la culture germanique trouve dans l'appartenance de fait de la personne à une communauté de travail l'élément qui détermine l'existence de la relation de travail : ce n'est pas la volonté des parties, mais cette situation de fait lui conférant le statut de « membre de la communauté »¹⁰⁴ qui fait naître un ensemble de droits et d'obligations pour le travailleur et l'employeur.

A. Supiot résume l'essentiel de ces deux cultures juridiques en indiquant que la tradition contractuelle romaniste « privilégie le rapport des hommes aux choses pour rendre possible l'échange d'un travail ainsi objectivé contre du salaire », tandis que l'approche germanique appréhende « la relation de travail comme une *situation d'appartenance personnelle à une communauté*, et place ainsi la relation dans l'orbite du statut des personnes »¹⁰⁵. Il montre ainsi l'opposition entre ces deux cultures qui se manifeste par la façon de concevoir la relation de travail sous l'angle du rapport entre la personne et les choses, dans un cas, et du rapport entre les personnes, dans l'autre.

Les régimes contemporains en matière de travail dans les divers systèmes juridiques ont été influencés par ces deux traditions et tant la conception « contractuelle » du rapport de travail que celle fondée sur la « relation de travail » semblent être l'expression de ces cultures.

¹⁰³ *Ibid.* à la p. 16. Pour la caractérisation de l'approche germanique voir en particulier les pp. 16-18.

¹⁰⁴ *Ibid.* aux pp. 17-18. Supiot réfère dans son texte aux critiques à l'approche contractuelle de la part de Otto Von Gierke, en Allemagne (*ibid.* à la p. 17) :

« [...] Pour Gierke, on ne peut penser juridiquement l'individu indépendamment de la communauté à laquelle il appartient, et l'essence du droit ne peut donc être recherchée dans la volonté, qu'il s'agisse de la volonté individuelle ou de la volonté de l'État, car « la source dernière de tout droit est toujours la conscience commune [...] »

¹⁰⁵ *Ibid.* à la p. 18.

Selon l'approche contractuelle « le contrat est « la forme juridique du rapport de travail » »¹⁰⁶. Cette conception se rapprochant à la culture romaniste prévaut en France, mais elle est complétée par l'incorporation des éléments de la vision personnelle et statutaire propre de la culture allemande¹⁰⁷. Ainsi, pour A. Supiot, le contrat de travail en droit français « a opéré la synthèse de ce que les juristes ont perçu jusqu'au milieu de ce siècle comme une antithèse, la synthèse des conceptions romaniste et germanique du rapport de travail »¹⁰⁸.

Par ailleurs, la thèse fondée sur la « relation de travail » est décrite par les professeurs P. Verge et G. Vallée comme celle « fondant directement l'application [du droit du travail] sur le fait même de l'exécution d'un travail subordonnée, sur l'existence, peut-on dire, d'une « relation de travail » »¹⁰⁹. Ils expliquent que cette tendance trouve notamment appui dans la pensée du juriste allemand Gierke, lequel refusait d'appliquer au travail les dispositions concernant les contrats relatifs aux biens. Ils précisent également que « le recours à la « relation de travail » pour expliquer le statut juridique du salarié se rattache assez naturellement à une vision institutionnelle de l'entreprise »¹¹⁰, laquelle constitue une expression de la culture allemande axée sur l'appartenance à la communauté de travail¹¹¹.

¹⁰⁶ Verge et Vallée « Essai », *supra* note 16, à la p. 75. Voir aussi, Verge « Réalité », *supra* note 90, à la p. 348.

¹⁰⁷ Verge et Vallée « Essai », *ibid.* aux pp. 76-77 et 79; Verge « Réalité », *ibid.* aux pp. 349-350 et 352. Voir aussi, Supiot « Critique », *supra* note 20, aux pp. 27-28.

¹⁰⁸ *Ibid.* à la p. 28.

¹⁰⁹ Verge et Vallée « Essai », *supra* note 16, à la p. 81. Voir aussi, Verge « Réalité », *supra* note 90, à la p. 354.

¹¹⁰ Verge et Vallée « Essai », *ibid.*; Verge « Réalité », *ibid.*

¹¹¹ Supiot explique que la culture germanique est à la base de la théorie institutionnelle développée en France par Paul Durand : Supiot « Critique », *supra*, note 20, à la p. 21.

Pour sa part, Antoine Jeammaud précise, en faisant référence à la théorie développée par Paul Durand que « [c]ette théorisation renouvelée du rapport entre l'employeur et le salarié se référerait très explicitement à la 'théorie de la relation de travail' (*Arbeitsverhältnis*) découverte chez des auteurs allemands » : Antoine Jeammaud, « La centralité retrouvée du contrat de travail en droit français », dans *Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor de Buen Lozano*, Patricia Kurczyn Villalobos et Carlos Alberto Puig Hernández, Coordinadores, 1^{er} édition, Mexique, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de investigaciones jurídicas – Serie

Les professeurs P. Verge et G. Vallée réfèrent également à l'opposition en Amérique latine entre les tenants des thèses « contractualiste » et « relationniste »¹¹². Par ailleurs, ils soulignent que les deux courants trouvent des manifestations dans la législation québécoise¹¹³.

Cela dit, il convient d'illustrer la façon dont l'approche contractuelle et celle fondée sur la relation de travail ont été reçues au Québec et ailleurs à partir de l'analyse de quelques exemples.

II.2 Le traitement de la question de la nature du rapport du travail au Québec et ailleurs

Le débat sur l'élément qui détermine la naissance du rapport de travail porte en définitive sur le choix entre une analyse contractuelle et une approche fondée sur la relation de travail pour l'application du droit concernant les rapports entre les travailleurs et les employeurs. Dans les lignes qui suivent, nous examinerons la façon dont la question a été abordée en droit français (II.2.1), dans certains pays de l'Amérique latine (II.2.2) et en droit international par l'OIT (II.2.3), pour nous pencher par la suite sur la solution retenue au Québec (II.2.4).

Doctrina Jurídica no 148, 2003, p. 415, en particulier à la p. 417, en ligne, <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1090/24.pdf>> (document consulté le 2 juin 2014) [Jeammaud « Centralité »].

¹¹² Verge et Vallée « Essai », *supra* note 16, aux pp. 80-81; Verge « Réalité », *supra* note 90, à la p. 353.

¹¹³ Verge et Vallée « Essai », *ibid.* aux pp. 76-77 et 83-85; Verge « Réalité », *ibid.* aux pp. 350 et 356-357.

II.2.1 L'approche du droit français

En France, le droit du travail est codifié. Le *Code du travail* (français)¹¹⁴ (« C.t.f. ») regroupe un ensemble de dispositions de nature légale et réglementaire¹¹⁵ concernant les rapports individuels et collectifs du travail, la durée du travail, le salaire, la santé et la sécurité au travail, l'emploi, la formation professionnelle et le contrôle et l'application de la législation relative au travail. Le contrat de travail est à la base des règles contenues dans ce corps législatif, lequel précise d'ailleurs que « [l]e contrat de travail est soumis aux règles de droit commun »¹¹⁶. Or, même si comme l'indique la doctrine spécialisée en la matière « le droit français traite l'embauche comme la conclusion d'un contrat et le rapport entre l'employeur et chacun de ses salariés comme un rapport contractuel »¹¹⁷, il faut noter qu'il ne s'agit pas du contrat de louage de services découlant de la tradition romaniste, mais d'un contrat qui a acquis un visage nouveau, lequel confère au salarié un « véritable « statut » »¹¹⁸.

La doctrine identifie une tendance en droit français allant du « déclin » au « renouveau du contrat de travail »¹¹⁹.

¹¹⁴ *Code du travail* (français), version en vigueur au 29 mai 2014, en ligne : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20130710> (document consulté le 29 mai 2014) [C.t.f.]. Les dispositions du *C.t.f.* mentionnées dans ce mémoire sont disponibles en ligne à l'adresse précitée du site *Legifrance*.

¹¹⁵ Les dispositions légales sont identifiées par la lettre « L » et celles de nature réglementaire par les lettres « R » (décrets en Conseil d'État) et « D » (simples décrets).

¹¹⁶ Art. L1221-1 *C.t.f.*

¹¹⁷ Jean Pélissier, Alain Supiot et Antoine Jeammaud, *Droit du travail*, Paris, Dalloz, 2008, à la p. 700.

¹¹⁸ Supiot « Critique », *supra* note 20, à la p. 30. A. Supiot explique que « le terme de *statut* implique seulement un état de la personne du salarié, *i.e.* ensemble de droits et de devoirs défini indépendamment de sa volonté (par la loi, la convention collective ou les usages) », *ibid.* aux 32-33.

¹¹⁹ Pélissier, Supiot et Jeammaud, *supra* note 117, aux pp. 699-703. Voir aussi Jeammaud « Contratilité », *supra* note 111.

Avant l'avènement de la législation protectrice des travailleurs, le contrat de louage de services constituait le seul encadrement du rapport de travail ; celui-ci était donc régi par le droit général des contrats guidé par les postulats de la liberté contractuelle et de la force obligatoire de l'accord des volontés¹²⁰. Les critiques à l'égard de ce contrat, appelé depuis le début du XXe siècle « contrat de travail », visaient essentiellement le fait qu'il s'agissait d'un contrat d'adhésion dont l'influence sur l'« aménagement juridique » du rapport d'emploi se voyait limitée face à l'apparition d'une législation conçue pour protéger la partie faible à la relation de travail caractérisée par l'inégalité¹²¹. La doctrine fait état d'une évolution dans la façon de comprendre le rapport de travail en indiquant que des juristes comme G. Scelle, d'abord, et P. Durand, quelques années plus tard, ont proposé des façons alternatives de concevoir cette relation, le premier voyant dans le contrat travail un « acte-condition » en vertu duquel le salarié acquiert un « statut », et le deuxième considérant l'entrée du salarié dans l'entreprise en tant que « fait-condition » qui donne naissance à une relation de nature « institutionnelle »¹²².

Après une période de « déclin du contrat de travail » qui va jusqu'aux années 80, on constate un « renouveau » dudit contrat, lequel n'est pas pour autant un retour à la conception du louage de services, mais la manifestation du « dualisme » de cette convention de nature particulière qu'est le contrat de travail¹²³. Il est d'une part un « contrat authentique », soumis aux règles générales des contrats, mais il est aussi un « acte-condition, soumettant le salarié au pouvoir que l'ordre juridique reconnaît à l'employeur et l'intégrant à une collectivité de

¹²⁰ Pélissier, Supiot et Jeammaud, *supra* note 117, à la p. 699.

¹²¹ *Ibid.* et Jeammaud « Centralité », *supra* note 111, à la p. 416.

¹²² Jeammaud « Centralité », *ibid.* aux pp. 416-417. Voir aussi Pélissier, Supiot et Jeammaud, *ibid.* à la p. 700.

¹²³ Pélissier, Supiot et Jeammaud, *ibid.* aux pp. 700-703 ; Jeammaud « Centralité », *ibid.* aux pp. 418-419.

travail »¹²⁴. Le rapport de travail ainsi conçu englobe deux dimensions distinctes, soit une dimension contractuelle proprement dite et une dimension extracontractuelle, cette dernière comportant des droits rattachés « à la qualité de salarié plutôt que des droits contractuels, découlant du contrat et de son régime légal »¹²⁵.

L'interaction entre le contrat et l'ordre public du travail¹²⁶ a attiré l'attention de la doctrine, laquelle a souligné que cette conception dualiste du contrat de travail permet de placer cette notion juridique au centre du droit du travail français dont les règles d'ordre public régissent les divers aspects du rapport de travail. Le professeur Supiot présente cette question de la façon suivante :

« La notion de contrat peut donc rester dans un tel système la pierre angulaire de la définition juridique de la relation de travail, puisque ce contrat « incorpore » en quelque manière une bonne partie du dispositif légal qui forme le droit du travail. Le contrat de travail acquiert ainsi cette vertu de doter le salarié d'un véritable « statut ». Pour reprendre l'expression de Georges Scelle, le contrat joue le rôle d'un « acte-condition » qui déclenche l'application d'un ensemble systématique de normes, indépendamment de la volonté des parties à ce contrat. Cette insertion d'un statut social dans le contrat de travail est parfaitement exprimée par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation française, lorsqu'elle décide que « la seule volonté des [parties au contrat] est impuissante à soustraire des travailleurs *au statut social découlant nécessairement des conditions d'accomplissement de leur tâche* » »¹²⁷
[référence omise]

¹²⁴ Pélissier, Supiot et Jeammaud, *ibid.* à la p. 702.

¹²⁵ *Ibid.* Voir aussi le texte du professeur Pierre-Yves Verkindt qui développe l'idée que « tout n'est pas de contractuel dans le contrat » : Pierre-Yves Verkindt, « Le contrat de travail – Modèle ou anti-modèle du droit civil des contrats? », dans *La nouvelle crise du contrat*, Christophe Jamin et Denis Mazeaud, dir., Paris, Dalloz, 2003, aux pp. 197-224, en particulier aux pp. 213-219.

¹²⁶ Supiot précise que « [l]a clé de voûte du droit du travail français demeure par exemple la notion d'ordre public social, qui implique d'une part une hiérarchie des normes du travail, et d'autre part un principe de faveur pour les salariés, exclusif de toute dérogation contractuelle *in pejus* aux règles légales (ordre public social) ou aux dispositions des conventions collectives (hiérarchie des sources conventionnelles) », Supiot « Critique », *supra* note 20, à la p. 30.

¹²⁷ *Ibid.* aux pp. 30-31.

Après avoir précisé que le « couple contrat/statut » constitue un « moyen de saisir l’ambivalence structurelle qui caractérise le droit du travail », le professeur Supiot ajoute que dans les juridictions européennes une vision distincte de l’analyse contractuelle classique prévaut, laquelle se caractérise par l’« absorption par le contrat d’un statut du travailleur salarié »¹²⁸, ce qui a donné comme résultat une configuration « dualiste »¹²⁹ du rapport du travail.

Cela dit, il est à noter que le particularisme du contrat de travail en France entraîne notamment comme conséquence que, même s’il est soumis aux règles de droit commun comme le prévoit le *C.t.f.*, les solutions civilistes sont soit adaptées à la réalité de cette convention qui a comme trait particulier la subordination de l’une des parties au rapport d’emploi, soit écartées par des règles légales spécifiques contenues dans le *C.t.f.*¹³⁰. Ainsi, le professeur Verkindt parle des « déformations » du droit des obligations motivées par la subordination propre au contrat de travail, parmi lesquelles on retrouve un régime de nullité particulier audit contrat en vertu

¹²⁸ *Ibid.* aux pp. 33.

¹²⁹ Nous reprenons ici l’expression utilisée dans Pélissier, Supiot et Jeammaud, *supra* note 117, aux pp. 702-703. Voir aussi Jeammaud « Centralité », *supra* note 111, aux pp. 419-420.

¹³⁰ Voir Verkindt, *supra* note 125, en particulier aux pp. 198-205. À la p. 199 de son texte, l’auteur s’interroge « sur la possibilité et l’opportunité de voir dans le contrat de travail un ‘modèle’ du droit civil des contrats ». À cet égard, il écrit :

« En effet, la soumission du contrat de travail au droit commun conduit la jurisprudence sociale et, parfois, le législateur à s’appropriier les concepts et mécanismes du droit des obligations. Cette appropriation ne va pas sans déformations du fait même d’une subordination qui caractérise le contrat de travail. En retour, le droit du contrat de travail « réexporte » vers d’autres champs contractuels à la fois ses propres techniques et l’usage qu’il fait des mécanismes du droit civil des contrats. C’est dans ce sens qu’il le « modèle ». »

duquel les dispositions du *C.f.t.* continuent à s'appliquer même après l'annulation du contrat de travail, ce qui a pour effet que les salaires dus au travailleur conservent cette nature¹³¹.

Dans cet ordre d'idées, des dispositions spécifiques du *C.t.f.* reconnaissent au salarié étranger qui est en situation irrégulière le droit de faire valoir ses droits. Même si l'article L8251-1¹³² interdit d'embaucher ou de conserver à son service un étranger non muni d'un titre l'autorisant à exercer une activité salariée en France, d'autres dispositions reconnaissent des effets juridiques à cette relation irrégulière. L'article L8252-1¹³³ assimile le salarié étranger à un salarié régulièrement engagé relativement aux obligations de l'employeur en matière d'interdiction d'emploi prénatal et postnatal et à l'allaitement, de durée du travail et congés, de santé et sécurité au travail et d'ancienneté dans l'entreprise. De plus, l'article L8252-2¹³⁴

¹³¹ *Ibid.* à la p. 205. Voir aussi Péliissier, Supiot et Jeammaud, *supra* note 117, à la p. 223, les auteurs indiquent que la nullité du contrat de travail de l'étranger que travaille sans permis est « originale et opère sans rétroactivité ».

¹³² L'art. L8251-1, modifié par la Loi n°2011-672 du 16 juin 2011, art. 74, prévoit :

« Nul ne peut, directement ou indirectement, embaucher, conserver à son service ou employer pour quelque durée que ce soit un étranger non muni du titre l'autorisant à exercer une activité salariée en France.

Il est également interdit à toute personne d'engager ou de conserver à son service un étranger dans une catégorie professionnelle, une profession ou une zone géographique autres que celles qui sont mentionnées, le cas échéant, sur le titre prévu au premier alinéa. »

¹³³ L'art. L8252-1, modifié par l'Ordonnance n°2010-462 du 6 mai 2010, art. 1, prévoit :

« Le salarié étranger employé en méconnaissance des dispositions du premier alinéa de l'article L. 8251-1 est assimilé, à compter de la date de son embauche, à un salarié régulièrement engagé au regard des obligations de l'employeur définies par le présent code :

1° Pour l'application des dispositions relatives aux périodes d'interdiction d'emploi prénatal et postnatal et à l'allaitement, prévues aux articles L. 1225-29 à L. 1225-33 ;

2° Pour l'application des dispositions relatives à la durée du travail, au repos et aux congés prévus au livre Ier de la troisième partie ;

3° Pour l'application des dispositions relatives à la santé et la sécurité au travail prévues à la quatrième partie ;

4° Pour la prise en compte de l'ancienneté dans l'entreprise.

Il en va de même pour les articles L. 713-1 et suivants du code rural et de la pêche maritime pour les professions agricoles. »

¹³⁴ L'art. L8252-2, modifié par la Loi n°2011-672 du 16 juin 2011, art. 76, prévoit :

« Le salarié étranger a droit au titre de la période d'emploi illicite :

1° Au paiement du salaire et des accessoires de celui-ci, conformément aux dispositions légales, conventionnelles et aux stipulations contractuelles applicables à son emploi, déduction faite des sommes antérieurement perçues au titre de la période considérée. À défaut de preuve contraire, les

prévoit que le salarié étranger a droit durant la période d'emploi illicite au paiement du salaire et des accessoires de celui-ci ; en cas de rupture du rapport d'emploi, il a droit à une indemnité forfaitaire égale à trois mois de salaire et, le cas échéant, à la prise en charge par l'employeur de tous les frais d'envoi des rémunérations impayées. En vertu de l'article L8252-3¹³⁵, le salarié étranger en situation irrégulière bénéficie des dispositions relatives aux assurances et privilèges de salaires pour les sommes qui lui sont dues. Enfin, l'article L8252-4¹³⁶ prescrit le paiement des sommes dues à l'étranger sans titre de travail dans un délai de trente jours.

sommes dues au salarié correspondent à une relation de travail présumée d'une durée de trois mois. Le salarié peut apporter par tous moyens la preuve du travail effectué ;

2° En cas de rupture de la relation de travail, à une indemnité forfaitaire égale à trois mois de salaire, à moins que l'application des règles figurant aux articles L. 1234-5, L. 1234-9, L. 1243-4 et L. 1243-8 ou des stipulations contractuelles correspondantes ne conduise à une solution plus favorable.

3° Le cas échéant, à la prise en charge par l'employeur de tous les frais d'envoi des rémunérations impayées vers le pays dans lequel il est parti volontairement ou a été reconduit. Lorsque l'étranger employé sans titre l'a été dans le cadre d'un travail dissimulé, il bénéficie soit des dispositions de l'article L. 8223-1, soit des dispositions du présent chapitre si celles-ci lui sont plus favorables.

Le conseil de prud'hommes saisi peut ordonner par provision le versement de l'indemnité forfaitaire prévue au 2°.

Ces dispositions ne font pas obstacle au droit du salarié de demander en justice une indemnisation supplémentaire s'il est en mesure d'établir l'existence d'un préjudice non réparé au titre de ces dispositions. »

¹³⁵ L'art. L8252-3 prévoit :

« Le salarié étranger mentionné à l'article L. 8252-1 bénéficie des dispositions du chapitre III du titre V du livre II de la troisième partie relatives aux assurances et privilèges de salaire pour les sommes qui lui sont dues en application de cet article. »

¹³⁶ L'art. L 8252-4, créé par la Loi n°2011-672 du 16 juin 2011, art. 77, prévoit :

« Les sommes dues à l'étranger sans titre, dans les cas prévus aux 1° à 3° de l'article L. 8252-2, lui sont versées par l'employeur dans un délai de trente jours à compter de la constatation de l'infraction. Lorsque l'étranger est placé en rétention administrative en application de l'article L. 551-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile ou assigné à résidence en application de l'article L. 561-2 du même code ou lorsqu'il n'est plus sur le territoire national, ces sommes sont déposées sous le même délai auprès d'un organisme désigné à cet effet, puis reversées à l'étranger.

Lorsque l'employeur ne s'acquitte pas des obligations mentionnées au premier alinéa, l'organisme recouvre les sommes dues pour le compte de l'étranger.

Les modalités d'application des dispositions relatives à la consignation, au recouvrement et au reversement des sommes dues à l'étranger sans titre ainsi que les modalités d'information de celui-ci sur ses droits sont précisées par décret en Conseil d'Etat. »

II.2.2 Le débat dans certains pays de l'Amérique latine

Le débat portant sur la façon de concevoir le rapport de travail s'est manifesté en Amérique latine par une opposition marquée entre les tenants des courants fondés sur le « contrat », d'une part, et sur la « relation de travail », d'autre part, le professeur uruguayen H. Barbagelata ayant indiqué qu'« [e]n Amérique latine la querelle [...] au sujet du *contrat* et de la *relation de travail* atteint une intensité telle que M. de la Cueva – le représentant le plus renommé du *relationisme* [*sic*] - a pu parler d'une « bataille » contre le contractualisme »¹³⁷.

Le professeur Barbagelata explique que le « point de départ » de la thèse présentée par M. de la Cueva depuis 1938 au Mexique est l'indépendance du droit du travail à l'égard du droit civil et, partant, du fondement contractuel qui voit dans la relation d'emploi un louage de services¹³⁸. Selon H. Barbagelata, M. de la Cueva décrit la relation de travail « comme une situation juridique objective, indépendante de son origine »¹³⁹. De plus, l'auteur mexicain a été influencé par les critiques de G. Scelle, relativement à la nature du louage de services, et de Molitor, lequel distingue l'accord des volontés préalable à la prestation des services de l'exécution effective des tâches lorsque le travailleur fait l'entrée dans l'entreprise d'autrui¹⁴⁰. D'ailleurs, H. Barbagelata précise que, « [t]oujours d'après M. de la Cueva, les bénéfices de la doctrine de la relation de travail se manifestent par ses conséquences, notamment, le dépassement des problèmes liés à la nullité des contrats et son effet rétroactif »¹⁴¹.

¹³⁷ Hector Hugo Barbagelata, *Introduction aux institutions du droit du travail en Amérique Latine*, Louvain, Presses Universitaires de Louvain, 1980, à la p. 93.

¹³⁸ *Ibid.*

¹³⁹ *Ibid.*

¹⁴⁰ *Ibid.* aux pp. 93-94.

¹⁴¹ *Ibid.* à la p. 94.

Le professeur M. de la Cueva expose dans son ouvrage intitulé « *Derecho mexicano del trabajo* »¹⁴² la théorie du « contrat-réalité » (en espagnol *contrato-realidad*), dans laquelle il distingue le contrat de travail des contrats du droit civil. Il est à noter que même si l'auteur réfère au « contrat-réalité » dans sa caractérisation du rapport de travail, il s'écarte clairement de l'approche contractuelle comme moyen de justifier l'application du droit du travail¹⁴³.

En effet, selon la thèse de de la Cueva il faut distinguer l'accord des volontés de la prestation effective du service. Le premier est à l'origine de l'obligation du travailleur de « se mettre à la disposition de l'employeur afin que celui-ci utilise la force de travail promise » [notre traduction], mais c'est le deuxième élément qui détermine que le travailleur soit couvert par les régimes de protection prévus par le législateur¹⁴⁴. Selon cette conception, l'« existence » d'un rapport de travail est le résultat de la « situation réelle » du travailleur; ce n'est pas l'accord abstrait entre ce dernier et l'employeur visant la prestation d'un service qui permet d'appliquer le droit du travail, mais « la situation objective, dont l'existence est indépendante de l'acte qui conditionne sa naissance » [notre traduction]¹⁴⁵, c'est-à-dire l'exécution elle-même de la prestation du travail. Dans ce cadre, le professeur de la Cueva est d'avis que la

¹⁴² Mario de la Cueva, *Derecho mexicano del trabajo*, 2^e éd., Mexique, Ediciones Porrúa, 1943, t.1.

¹⁴³ On voit dans le texte de De la Cueva des références aux auteurs Molitor et G. Scelle, *ibid*, aux pp. 381 et 383.

¹⁴⁴ *Ibid.* à la p. 381-382. La phrase traduite figure à la page 382; en faisant référence aux effets de l'accord des volontés, l'auteur indique, en langue espagnole, que « *[e]sos efectos consisten, respecto del trabajador, en la obligación de ponerse a disposición del patrono para que éste utilice la fuerza de trabajo prometida...* ».

¹⁴⁵ *Ibid.* à la p. 383. L'extrait de l'ouvrage du professeur de la Cueva qui contient l'énoncé traduit se lit, en langue espagnole, comme suit :

« *La existencia de una relación de trabajo depende, en consecuencia, no de lo que las partes hubieran pactado, sino de la situación real en que el trabajador se encuentre colocado y es que, como dice Scelle, la aplicación del derecho del trabajo depende cada vez menos de una relación jurídica subjetiva, cuanto de una situación objetiva, cuya existencia es independiente del acto que condiciona su nacimiento.* » [Référence omise]

nature du rapport entre les parties ne peut pas être déterminée à partir de ce qui a été convenu par elles, car la convention ne peut pas avoir d'effet si elle n'est pas conforme à la réalité¹⁴⁶.

C'est ainsi que de la Cueva explique que le contrat de travail a été appelé « contrat-réalité », « puisqu'il existe non pas dans l'accord abstrait des volontés, mais dans la réalité de l'exécution du service et que c'est cette exécution et non ledit accord qui détermine son existence » [notre traduction]¹⁴⁷. Dans le même sens, il indique que « [l]e contrat de travail, dans son acception de relation de travail, est un contrat-réalité, puisqu'il existe dans les conditions réelles de prestation des services, indépendamment de ce qui a été convenu, ces conditions ayant comme limite le fait qu'elles ne pourront pas réduire les privilèges contenus dans la loi, dans le contrat ou dans la convention collective » [notre traduction]¹⁴⁸.

Le professeur uruguayen A. Plá Rodríguez¹⁴⁹ a identifié dans la pensée du professeur de la Cueva divers concepts qui se ressemblent d'une certaine façon, mais qui sont en réalité distincts. En tenant compte de plusieurs passages de l'ouvrage de ce dernier que Plá Rodríguez reproduit dans son texte¹⁵⁰, il présente essentiellement deux grandes idées qui ressortent de la

¹⁴⁶ *Ibid.* L'auteur indique, en langue espagnole, ce qui suit :

« *De donde resulta erróneo pretender juzgar la naturaleza de una relación de acuerdo con lo que las partes hubieren pactado, ya que, si las estipulaciones consignadas en el contrato no corresponden a la realidad, carecerán de valor.* »

¹⁴⁷ *Ibid.* L'extrait traduit dans le texte se lit comme suit en langue espagnole :

« *En atención a lo dicho es por lo que se ha denominado al contrato de trabajo, **contrato-realidad**, puesto que existe no en el acuerdo abstracto de voluntades, sino en la realidad de la prestación del servicio y que es ésta y non aquel acuerdo lo que determina su existencia.* »

¹⁴⁸ *Ibid.* à la p. 393. Le texte traduit se lit comme suit en langue espagnole :

« *El contrato de trabajo, en su acepción de relación de trabajo, es un **contrato-realidad**, puesto que existe en las condiciones reales de prestación de los servicios, independientemente de lo que se hubiere pactado, con la limitación, que no está por demás hacer, de que esas condiciones no podrán reducir los privilegios que se contengan en la ley, en el convenio o en el contrato colectivo.* »

¹⁴⁹ Américo Plá Rodríguez, *Los principios del derecho del trabajo*, 2e éd., Buenos Aires, Depalma, 1978, en particulier aux pp. 243-256.

¹⁵⁰ Plusieurs de ces passages ont été reproduits ci-dessus et reflètent, pour l'essentiel, les idées de de la Cueva décrites dans le présent mémoire.

thèse du professeur de la Cueva. D'une part, il y a l'idée qui est à la base de la théorie de « relation de travail », c'est-à-dire que c'est l'exécution effective de la tâche qui donne accès aux protections du droit du travail au-delà du contrat qui est à lui seul insuffisant à cet effet¹⁵¹. Dans ce contexte, l'inexistence d'une convention intervenue entre l'employeur et le travailleur ou sa nullité, le cas échéant, n'exclut pas l'application du droit du travail¹⁵². D'autre part, il y a la place dominante que la réalité factuelle occupe dans le domaine du travail par rapport aux accords formels, laquelle se manifeste notamment par le fait qu'en cas de discordance entre les faits et la convention juridique intervenue entre les parties ce sont les premiers qui vont prévaloir. Autrement dit, la réalité des faits prédomine sur la forme juridique. Cette signification apparaît particulièrement, selon Plá Rodriguez, « dans la phrase qui considère comme « erroné de prétendre juger de la nature d'une relation selon ce que les parties ont convenu, puisque si les stipulations contenues dans l'entente ne correspondent pas à la réalité, elles n'auront aucune valeur » » [notre traduction]¹⁵³.

Plá Rodriguez indique que c'est la *première* idée que la plupart des auteurs voient dans la thèse exposée par de la Cueva¹⁵⁴, laquelle représente une façon de concevoir le rapport de travail. Or, il précise que même ceux qui sont critiques à l'égard de cette conception acceptent la

¹⁵¹ Plá Rodriguez, *supra* note 149, à la p. 245.

¹⁵² *Ibid.*

¹⁵³ *Ibid.* L'extrait de l'ouvrage contenant le texte traduit se lit comme suit en langue espagnole :

« [...] *Esta segunda significación queda de manifiesto especialmente en la frase que considera "erróneo pretender juzgar la naturaleza de una relación de acuerdo con lo que las partes hubieran pactado, ya que si las estipulaciones consignadas no corresponden a la realidad, carecerán de todo valor"* ».

Il est à noter que l'extrait du professeur de la Cueva repris par Plá Rodriguez a été reproduit plus haut, *supra* note 146.

¹⁵⁴ *Ibid.* aux pp. 245-246. Il est à noter que Plá Rodriguez réfère dans son texte à un bon nombre d'auteurs qui ont abordé le travail du professeur de la Cueva, plusieurs d'entre eux d'un point de vue critique (voir en particulier les pp. 245-256 et les notes de bas de page 393 à 403).

seconde idée¹⁵⁵, laquelle est analysée par Plá Rodriguez sous l'appellation de « principe de la primauté de la réalité » (en espagnol « *principio de la primacía de la realidad* »)¹⁵⁶.

La vision présentée par Plá Rodriguez permet ainsi de voir dans la thèse du « contrat-réalité » énoncée par de la Cueva deux éléments. Le premier élément présente l'exécution du travail comme source de droits et obligations puisqu'elle engendre le rapport de travail auquel ceux-ci se rattachent. Le second élément, soit le « principe de la primauté de la réalité », sert d'assise à un moyen ou une méthode¹⁵⁷ d'analyse qui doit nous guider dans l'application du droit du travail. Cette méthode aidera à déterminer si les éléments qui donnent naissance au rapport de travail, qu'il soit caractérisé comme « contrat de travail » ou « relation de travail », existent bel et bien dans un cas donné.

Cela dit, il convient de souligner que la thèse de la « relation de travail » a été reçue dans la législation de plusieurs pays de l'Amérique latine. Dans son étude publiée en 1980, H. Barbagelata mentionne notamment les cas du Mexique, de l'Argentine, du Panama et de la Colombie, dont les lois en vigueur à l'époque reconnaissent des effets juridiques tant au contrat qu'à la relation de travail et/ou contenaient une présomption d'existence du contrat de travail fondée sur l'exécution personnelle des tâches par le travailleur¹⁵⁸. L'auteur réfère

¹⁵⁵ *Ibid.* à la p. 253. L'auteur ajoute, à la p. 259, que même les partisans « les plus radicaux » de la thèse contractuelle peuvent adhérer à ce principe.

¹⁵⁶ *Ibid.* aux pp. 243 et s.

¹⁵⁷ Relativement à la méthode d'analyse fondée sur le « principe de réalité », voir Vallée « Reconnaître », *supra* note 67. Nous ne prétendons pas nous pencher ici sur la discussion portant sur l'existence ou non de véritables « principes du droit du travail ». Au-delà de cette question, il nous semble possible de voir dans le « principe de la primauté de la réalité », tel qu'énoncé par le professeur Pla Rodriguez, une méthode d'analyse du rapport de travail en ce sens qu'il impose de donner préséance aux faits au-delà de la forme contractuelle dans l'examen du rapport de travail.

¹⁵⁸ Barbagelata, *supra* note 137, aux pp. 95-96.

particulièrement à la réception de la thèse de la relation de travail dans la loi mexicaine (intitulée, en espagnol, « *Ley federal del trabajo* ») en ces termes :

« D’abord, il faut signaler que cette doctrine est très nettement à la base de la nouvelle LFT du Mexique dont le titre II, intitulé « Relations individuelles de travail », commence par la définition suivante : « L’expression ‘relation de travail’ désigne, quel que soit l’acte dont elle découle, l’exécution personnelle d’un travail sous la direction d’un tiers moyennant le versement d’un salaire » (art. 20).

D’ailleurs, si le deuxième alinéa du même article apporte aussi une définition du *contrat individuel de travail* « quelle que soit sa forme ou dénomination », l’alinéa final se charge de faire la remarque que « l’exécution d’un travail de la manière visée par le premier alinéa sortit [*sic*] le même effet que le contrat établi ». En outre, l’art. 21 de la LFT mexicaine affirme que l’existence d’un contrat et d’une relation de travail est présumée entre la personne qui exécute personnellement le travail et celle pour laquelle il est exécuté. »¹⁵⁹

Plus récemment, la littérature mexicaine a également eu l’occasion de souligner l’acceptation législative de la théorie fondée sur la relation du travail¹⁶⁰, le contenu actuel des articles 20 et 21 de la « *Ley federal del trabajo* »¹⁶¹ étant celui décrit par Barbagelata.

¹⁵⁹ *Ibid.* à la p. 95

¹⁶⁰ Voir Patricia Kurczyn Villalobos, « El contrato laboral; decadencia o modificación », en ligne, dans *Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor de Buen Lozano*, Patricia Kurczyn Villalobos et Carlos Alberto Puig Hernández, Coordinadores, 1^{er} éd., Mexique, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de investigaciones jurídicas – Serie Doctrina Jurídica no 148, 2003, pp. 435-458, en particulier à la p. 450, <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1090/25.pdf>> (document consulté le 2 mai 2014). L’auteure souligne que la loi mexicaine accepte la théorie relationniste développée par de la Cueva et que tant le contrat que la relation de travail ont été adoptés par le législateur, lequel a reconnu que les deux notions sont source de droits et d’obligations.

¹⁶¹ Les art. 20 et 21 de la *Ley federal de trabajo* (Mexique), publiée dans le *Diario oficial de la Federación* du 1 avril 1970, dernière réforme publiée dans le *Diario oficial de la Federación* du 30 novembre 2012, en ligne, <http://www.ordenjuridico.gob.mx/listDependencia.php?catEstado=4&busquedaf=trabajo&HCat=O.titulo%2C+CT.tipo%2CO.fechaPub+asc&idDep=348&idPoder=2&idGrupo=0&idDepUp=0&liberado=no&idEst=347&pod=er=legislativo&Old_busquedaf=ley+del+trabajo+&image.x=0&image.y=0> (document consulté 30 mai 2014), se lisent, en langue espagnole, comme suit :

« Art. 20.- Se entiende por relación de trabajo, cualquiera que sea el acto que le dé origen, la prestación de un trabajo personal subordinado a una persona, mediante el pago de un salario.

On retrouve un autre exemple actuel de la réception de la thèse de la relation de travail dans la législation régissant le travail en Argentine (intitulée en espagnol, « *Ley de contrato de trabajo* »¹⁶²). Le texte de la « *Ley de contrato de trabajo* » qui, pour ce qui nous intéresse, est essentiellement le même que celui présenté par Barbagelata dans son étude citée plus haut¹⁶³, prévoit à son article premier¹⁶⁴ qu'elle s'applique au « contrat de travail » et à la « relation de travail », notions qui sont précisées aux articles 21 et 22, respectivement. Pour définir le « contrat de travail », la loi fait référence à *l'engagement* d'une personne physique concernant la réalisation d'actes, l'exécution d'œuvres ou la prestation de services en faveur d'une autre personne, contre rémunération et sous la dépendance de cette dernière¹⁶⁵. Pour sa part, la notion de « relation de travail » vise la *réalisation* d'actes, l'*exécution* d'œuvres ou la

Contrato individual de trabajo, cualquiera que sea su forma o denominación, es aquel por virtud del cual una persona se obliga a prestar a otra un trabajo personal subordinado, mediante el pago de un salario.

La prestación de un trabajo a que se refiere el párrafo primero y el contrato celebrado producen los mismos efectos. »

« Art. 21.- Se presumen la existencia del contrato y de la relación de trabajo entre el que presta un trabajo personal y el que lo recibe. »

¹⁶² *Ley de contrato de trabajo* no 20744 (Argentine), en ligne <<http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25552/texact.htm>> (document consulté le 30 mai 2014). Les dispositions de cette loi citées dans le présent texte sont disponibles en ligne à l'adresse précitée du site *Infoleg*.

¹⁶³ Barbagelata, *supra* note 137, aux pp. 96 et 107.

¹⁶⁴ L'art. 1 de la *Ley de contrato de trabajo*, no 20744, *supra* note 162, se lit, en langue espagnole, comme suit:

« Art. 1° — Fuentes de regulación.

El contrato de trabajo y la relación de trabajo se rigen :

- a) Por esta ley.*
- b) Por las leyes y estatutos profesionales.*
- c) Por las convenciones colectivas o laudos con fuerza de tales.*
- d) Por la voluntad de las partes.*
- e) Por los usos y costumbres.»*

On observe ainsi que le contrat du travail et la relation de travail sont régis par des sources multiples.

¹⁶⁵ L'art. 21 de la *Ley de contrato de trabajo*, *ibid.*, se lit comme suit en langue espagnole :

« Art. 21. — Contrato de trabajo.

Habrá contrato de trabajo, cualquiera sea su forma o denominación, siempre que una persona física se obligue a realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios en favor de la otra y bajo la dependencia de ésta, durante un período determinado o indeterminado de tiempo, mediante el pago de una remuneración. Sus cláusulas, en cuanto a la forma y condiciones de la prestación, quedan sometidas a las disposiciones de orden público, los estatutos, las convenciones colectivas o los laudos con fuerza de tales y los usos y costumbres.»

[soulignement ajouté]

prestation effective de services par une personne en faveur d'une autre, sous la dépendance de cette dernière, moyennant rémunération, et ce, quel que soit l'acte qui est à l'origine de cette relation¹⁶⁶. La loi présume l'existence d'un contrat de travail du fait de la prestation des services¹⁶⁷. Or, la même loi prescrit que les effets de l'inexécution du contrat de travail avant la fourniture effective du travail seront régis par le droit commun, tout en prévoyant le versement d'une indemnité minimale¹⁶⁸. On voit ainsi que le législateur a envisagé les notions de « contrat de travail » et de « relation de travail » comme deux concepts distincts qui sont reliés entre eux, en ce sens que la relation de travail présuppose l'existence d'un contrat de travail. Cependant, seulement un de ces éléments semble être déterminant pour l'application de la législation de travail, soit la « relation de travail »¹⁶⁹.

Cette façon particulière de concevoir le rapport de travail est complétée par un régime spécial de nullité du contrat de travail¹⁷⁰. En effet, la loi prévoit que le contrat de travail ne peut pas

¹⁶⁶ L'art. 21 de la *Ley de contrato de trabajo*, *ibid.*, se lit, en langue espagnole, comme suit :

« Art. 22. — *Relación de trabajo.*

Habrá relación de trabajo cuando una persona realice actos, ejecute obras o preste servicio en favor de otra, bajo la dependencia de ésta en forma voluntaria y mediante el pago de una remuneración, cualquiera sea el acto que le dé origen. »

[soulignements ajoutés]

¹⁶⁷ L'art. 23 de la *Ley de contrato de trabajo*, *ibid.*, se lit, en langue espagnole, comme suit :

« Art. 23. — *Presunción de la existencia del contrato de trabajo.*

El hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, salvo que por las circunstancias, las relaciones o causas que lo motiven se demostrase lo contrario.

Esa presunción operará igualmente aún cuando se utilicen figuras no laborales, para caracterizar al contrato, y en tanto que por las circunstancias no sea dado calificar de empresario a quien presta el servicio. »

¹⁶⁸ L'art. 24 de la *Ley de contrato de trabajo*, *ibid.*, se lit, en langue espagnole, comme suit :

« Art. 24. — *Efectos del contrato sin relación de trabajo.*

Los efectos del incumplimiento de un contrato de trabajo, antes de iniciarse la efectiva prestación de los servicios, se juzgarán por las disposiciones del derecho común, salvo lo que expresamente se dispusiera en esta ley.

Dicho incumplimiento dará lugar a una indemnización que no podrá ser inferior al importe de un (1) mes de la remuneración que se hubiere convenido, o la que resulte de la aplicación de la convención colectiva de trabajo correspondiente. »

¹⁶⁹ Voir Barbagelata, *supra* note 137, à la p. 96.

¹⁷⁰ Barbagelata décrit la situation à la p. 107 de son étude, *ibid.*

avoir pour objet la prestation de services illicites et de services prohibés¹⁷¹ et que la nullité du contrat de travail dont l'objet est prohibé ou illicite doit être déclarée d'office par le juge¹⁷². Le législateur distingue, cependant, les effets de ces deux types de nullité : le contrat dont l'objet est illicite ne produit pas de conséquences entre les parties¹⁷³, tandis que celui dont l'objet est prohibé n'affecte pas le droit du travailleur de recevoir les rémunérations ou les indemnités résultant de l'extinction du contrat fondée sur la prohibition de son objet¹⁷⁴. L'objet contraire à la morale et aux bonnes mœurs est considéré comme illicite, sauf si les lois, les règlements municipaux ou les règlements de police le tolèrent ou le réglementent¹⁷⁵. Lorsque des dispositions de nature légale ou réglementaire interdisent l'emploi de certaines catégories de personnes ou la réalisation de certaines tâches, l'objet du contrat sera considéré comme prohibé, mais cette prohibition vise uniquement l'employeur¹⁷⁶.

¹⁷¹ L'art. 38 de la *Ley de contrato de trabajo*, *supra* note 162, se lit, en langue espagnole, comme suit :

« Art. 38. —*Servicios excluidos.*

No podrá ser objeto del contrato de trabajo la prestación de servicios ilícitos o prohibidos. »

¹⁷² L'art. 44 de la *Ley de contrato de trabajo*, *ibid.*, se lit, en langue espagnole, comme suit :

« Art. 44. —*Nulidad por ilicitud o prohibición. Su declaración.*

La nulidad del contrato por ilicitud o prohibición de su objeto tendrá las consecuencias asignadas en los artículos 41 y 42 de esta ley y deberá ser declarada por los jueces, aun sin mediar petición de parte. La autoridad administrativa, en los límites de su competencia, mandará cesar los actos que lleven aparejados tales vicios. »

¹⁷³ L'art. 41 de la *Ley de contrato de trabajo*, *ibid.*, se lit, en langue espagnole, comme suit :

« Art. 41. —*Nulidad del contrato de objeto ilícito.*

El contrato de objeto ilícito no produce consecuencias entre las partes que se deriven de esta ley. »

¹⁷⁴ L'art. 42 de la *Ley de contrato de trabajo*, *ibid.*, se lit, en langue espagnole, comme suit :

« Art. 42. —*Nulidad del contrato de objeto prohibido. Inoponibilidad al trabajador.*

El contrato de objeto prohibido no afectará el derecho del trabajador a percibir las remuneraciones o indemnizaciones que se deriven de su extinción por tal causa, conforme a las normas de esta ley y a las previstas en los estatutos profesionales y las convenciones colectivas de trabajo. »

¹⁷⁵ L'art. 39 de la *Ley de contrato de trabajo*, *ibid.*, se lit, en langue espagnole, comme suit :

« Art. 39. —*Trabajo ilícito.*

Se considerará ilícito el objeto cuando el mismo fuese contrario a la moral y a las buenas costumbres pero no se considerará tal si, por las leyes, las ordenanzas municipales o los reglamentos de policía se consintiera, tolerara o regulara a través de los mismos. »

¹⁷⁶ L'art. 40 de la *Ley de contrato de trabajo*, *ibid.*, se lit, en langue espagnole, comme suit :

« Art. 40. —*Trabajo prohibido.*

Se considerará prohibido el objeto cuando las normas legales o reglamentarias hubieren vedado el empleo de determinadas personas o en determinadas tareas, épocas o condiciones.

II.2.3 L'OIT

Sur le plan international, l'OIT a adopté, en juin 2006, la *Recommandation sur la relation de travail* (no 198)¹⁷⁷ (« Recommandation »), laquelle vise à répondre aux incertitudes entourant l'existence d'une relation de travail qui donne accès aux protections offertes par les droits du travail nationaux, dans le contexte des transformations opérées dans le monde du travail depuis plusieurs années¹⁷⁸.

Après avoir souligné que « la législation nationale et les conventions collectives offrent une protection qui est liée à l'existence d'une relation de travail entre un employeur et un salarié », la Conférence générale de l'OIT réfère, dans le Préambule de la Recommandation, aux « difficultés d'établir l'existence d'une relation de travail lorsque les droits et obligations des parties concernées ne sont pas clairs, lorsqu'il y a eu une tentative de déguiser la relation de travail, ou lorsque la législation, son interprétation ou son application présentent des insuffisances ou des limites ». Elle note également qu'« il existe des situations dans lesquelles des arrangements contractuels peuvent avoir pour effet de priver les travailleurs de la protection à laquelle ils ont droit ».

Dans ce contexte, l'OIT propose aux États membres de formuler et d'appliquer des politiques dans le but de « garantir une protection efficace aux travailleurs qui exercent leur activité dans

La prohibición del objeto del contrato está siempre dirigida al empleador. »

¹⁷⁷ Organisation internationale du Travail, *Recommandation sur la relation de travail, 2006 (R198)*, en ligne, <http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312535:NO> (document consulté le 30 mai 2014) [Recommandation].

¹⁷⁸ Voir Normand Pelletier, « L'Organisation internationale du Travail adopte une recommandation sur la relation de travail », *Regards sur le travail*, vol. 3 no 2 (automne 2006), aux pp. 24-27, en ligne : <http://www.travail.gouv.qc.ca/fileadmin/fichiers/Documents/regards_travail/regardstravail-vol03-02.pdf>

le cadre d'une relation de travail »¹⁷⁹. Le contenu de ces politiques est notamment spécifié à l'article 4, lequel se lit comme suit :

« 4. La politique nationale devrait au moins comporter des mesures tendant à:

(a) fournir aux intéressés, en particulier aux employeurs et aux travailleurs, des orientations sur la manière de déterminer efficacement l'existence d'une relation de travail, ainsi que sur la distinction entre travailleurs salariés et travailleurs indépendants;

(b) combattre les relations de travail déguisées dans le cadre, par exemple, d'autres relations qui peuvent comprendre le recours à d'autres formes d'arrangements contractuels qui dissimulent le statut juridique réel, étant entendu qu'il y a relation de travail déguisée lorsqu'un employeur traite une personne autrement que comme un salarié d'une manière qui dissimule son statut juridique réel de salarié, et que des situations peuvent se présenter dans lesquelles des arrangements contractuels ont pour effet de priver les travailleurs de la protection à laquelle ils ont droit;

(c) assurer des normes applicables à toutes les formes d'arrangements contractuels, y compris celles impliquant des parties multiples, de façon que les travailleurs salariés aient la protection à laquelle ils ont droit;

(d) assurer que les normes applicables à toutes les formes d'arrangements contractuels établissent qui est responsable de la protection qu'elles prévoient;

(e) prévoir pour les intéressés, notamment les employeurs et les travailleurs, l'accès effectif à des procédures et mécanismes appropriés, rapides, peu coûteux, équitables et efficaces de règlement des différends concernant l'existence et les conditions d'une relation de travail;

(f) assurer le respect et l'application effective de la législation sur la relation de travail;

(g) prévoir une formation appropriée et adéquate en matière de normes internationales du travail pertinentes, de droit comparé et de jurisprudence à l'intention de la magistrature, des arbitres, des médiateurs, des inspecteurs du travail et autres personnes chargés du

(document consulté le 2 mai 2014). L'auteur résume l'historique et les travaux ayant précédé l'adoption par l'OIT de Recommandation.

¹⁷⁹ Recommandation, art. 1, *supra* note 177.

règlement des conflits et de l'application de la législation et des normes
du travail nationales. »
[soulignements ajoutés]

Outre l'établissement des politiques nationales en matière de relation de travail, l'OIT suggère que « la détermination de l'existence d'une telle relation devrait être guidée, en premier lieu, par les faits ayant trait à l'exécution du travail et à la rémunération du travailleur, nonobstant la manière dont la relation de travail est caractérisée dans tout arrangement contraire, contractuel ou autre, éventuellement convenu entre les parties »¹⁸⁰ [soulignement ajouté].

L'OIT réfère également à la possibilité d' « établir une présomption légale d'existence d'une relation de travail lorsqu'on est en présence d'un ou de plusieurs indices pertinents »¹⁸¹, lesquels pourront, notamment, comprendre « le fait que le travail est exécuté selon les instructions et sous le contrôle d'une autre personne; qu'il implique l'intégration du travailleur dans l'organisation de l'entreprise », « le caractère périodique de la rémunération du travailleur » ou « l'absence de risques financiers pour le travailleur »¹⁸². D'ailleurs, l'OIT indique que « les Membres peuvent envisager de préciser les conditions qui déterminent l'existence d'une relation de travail, par exemple la subordination ou la dépendance »¹⁸³. Les critères énoncés aux articles 11, 12 et 13 de la Recommandation peuvent servir à identifier l'existence d'une relation de travail, mais il ne s'agit pas d'une énumération exhaustive¹⁸⁴.

¹⁸⁰ *Ibid.* à l'art. 9.

¹⁸¹ *Ibid.* à l'art. 11(b).

¹⁸² *Ibid.* à l'art. 13.

¹⁸³ *Ibid.* à l'art. 12.

¹⁸⁴ Voir Pelletier, *supra* note 178, en particulier à la p. 27.

Cette Recommandation met en évidence la préoccupation de l'OIT concernant l'accès aux protections reconnues aux travailleurs qui exercent une activité dans le cadre d'une relation de travail, au-delà des formes que celle-ci peut prendre. Ainsi, elle souligne le rôle déterminant « des faits » pour établir l'existence d'une telle relation¹⁸⁵. L'accent est mis sur cet élément objectif, lequel prévaut sur la façon dont le rapport de travail est caractérisé par les parties dans « tout arrangement contraire, contractuel ou autre »¹⁸⁶.

Cela dit, nous ne voyons pas ici une prise de position quant au fondement du rapport de travail. L'expression « relation de travail » ne paraît pas être utilisée comme signe d'adhésion à la théorie de la « relation de travail », décrite plus haut, qui suggère la nature « matérielle » ou « factuelle » du rapport salarial, mais plutôt dans le sens de lien entre l'employeur et le travailleur qui donne accès aux protections reconnues à ce dernier, sans se prononcer sur le fondement du rapport qui les unit. En effet, la Recommandation ne définit pas le contrat comme cadre de la relation entre l'employeur et le travailleur et elle ne fait pas non plus appel à la théorie de la « relation de travail » pour justifier ce rapport. Elle semble plutôt proposer une méthode d'analyse fondée sur la « réalité » pour distinguer le travail salarié du travail indépendant, ce qui paraît logique si l'on considère que la Recommandation est un instrument de nature non contraignante qui vise à donner des principes directeurs aux pays membres, lesquels peuvent adhérer à l'une ou l'autre façon de définir le rapport de travail.

Si l'on tient compte des deux volets identifiés par Plá Rodriguez dans la thèse du « contrat-réalité » exposée au Mexique par de la Cueva, l'on pourrait considérer que la

¹⁸⁵Recommandation, art. 9, *supra* note 177.

¹⁸⁶ *Ibid.*

Recommandation adhère à la seconde idée qui ressort de la pensée de ce dernier, soit celle qui fait prévaloir la réalité factuelle sur les accords formels et qui se manifeste dans le principe de la « primauté de la réalité » en droit du travail¹⁸⁷. Rappelons que le recours à ce principe permet en définitive de constater l'existence matérielle des éléments constitutifs du rapport de travail quelle que soit la façon, contractuelle ou autre, dont il est défini.

II.2.4 La solution retenue au Québec

Au Québec, le droit fait appel tant à la figure contractuelle qu'à l'exécution effective de la prestation de travail pour saisir le rapport de travail¹⁸⁸. En droit commun, le *C.c.Q.* a accordé une place particulière au contrat de travail parmi les contrats nommés. Dans la législation spécifique en matière de travail, le contrat n'est pas toujours exigé, l'exécution du travail étant suffisante pour l'application de certains régimes protecteurs des travailleurs¹⁸⁹. Dans un texte publié en 1993, le professeur Verge décrivait la situation en termes :

« Le droit commun subordonne la reconnaissance du rapport du travail à l'existence d'un contrat de travail. Le législateur devait choisir, pour ce qui est du facteur d'application du droit relatif au travail, entre une telle solution consensuelle et le simple constat, objectif ou réel, de l'exécution d'un travail subordonné, soit l'existence de fait d'une relation de travail. Cette dernière solution du principe semble plus en accord avec le caractère pragmatique ou concret du droit du travail en général. De fait, en droit positif québécois, la relation de travail représente le critère d'application de certaines grandes lois du travail, comme des codes québécois et fédéral, ou encore, partiellement du

¹⁸⁷ Voir pp. 41-43 du présent mémoire.

¹⁸⁸ Voir Verge et Vallée « Essai », *supra* note 16, aux pp. 73-85.

¹⁸⁹ Voir Verge et Vallée « Essai », *ibid.*; Verge, Trudeau, Vallée « Sources », *supra* note 3, aux pp. 62-63; Gagnon, LeBel et Verge, *supra* note 1, aux pp. 53-54.

moins, la *Loi sur les normes du travail*. En revanche, l'application d'autres lois du travail repose sur l'existence d'un contrat de travail. »¹⁹⁰ [références omises]

Or, le même auteur précise que « dans la quasi-totalité des situations, les deux solutions en présence conduisent à des résultats identiques »¹⁹¹. Il souligne cependant qu'en cas de nullité du contrat de travail, la thèse fondée sur la relation de travail serait plus favorable à l'application des dispositions protectrices du droit du travail¹⁹². Un autre aspect problématique pour la formule contractuelle concerne la situation des travailleurs qui ne répondent pas à la notion classique de salarié dont traite le contrat de travail, comme c'est notamment le cas des entrepreneurs dépendants¹⁹³. À ce stade, il convient de rappeler que ce ne sont pas toutes les facettes des rapports entre le droit civil et le droit du travail qui sont étudiées dans le présent mémoire et que le débat portant sur les rapports entre les droits découlant du contrat individuel de travail et de la convention collective sont, notamment, exclus de notre analyse.

¹⁹⁰ Verge « Contrat de travail », *supra* note 19, aux p. 243-244.

Il est à noter que le texte de P. Verge comporte deux parties, la première consacrée au rapport de travail en l'absence de rapports collectifs de travail et la seconde visant le rapport de travail en situation de rapports collectifs de travail. Dans la première partie, l'auteur examine la compatibilité formelle et substantielle du régime du contrat de travail du *C.c.Q.* avec le droit du travail. C'est dans l'étude du premier volet, concernant la compatibilité formelle, qu'il se penche sur les deux courants relatifs à la nature juridique du rapport de travail, soit la thèse contractuelle et la théorie de la relation de travail. Dans le second volet de son analyse, relatif à la compatibilité substantielle, le professeur Verge examine comment certaines dispositions du *C.c.Q.* correspondent aux valeurs du droit du travail (dont les art. 2087 et 2097 portant sur la santé et la sécurité et la continuité de la relation de travail en cas d'aliénation de l'entreprise, respectivement) et d'autres règles semblent contraires à l'esprit dudit droit (comme c'est le cas de l'article 2091 reconnaissant à l'employeur la faculté de mettre fin au contrat de travail à durée indéterminée moyennant un délai de congé raisonnable).

¹⁹¹ *Ibid.* à la p. 244.

¹⁹² *Ibid.*

¹⁹³ Voir Verge, Trudeau et Vallée « Sources », *supra* note 3, à la p. 63-64. Voir aussi, Verge et Vallée « Essai », *supra* note 16, à la p. 80.

Mais avant d'analyser les inconvénients de l'approche contractuelle, voyons comment cette « ambivalence »¹⁹⁴ du droit québécois se manifeste concrètement dans la législation.

II.2.4.1 L'application des lois du travail québécoises

Bien qu'au Québec l'engagement contractuel ne soit pas toujours exigé pour avoir accès aux régimes légaux de protection des travailleurs, le rapport de travail est habituellement précédé d'un contrat de travail¹⁹⁵.

Le contrat de travail est régi par les articles 2085 à 2097 *C.c.Q.*, ainsi que par les règles générales relatives aux contrats conformément à ce que prévoit l'article 1377 *C.c.Q.* L'article 2085 *C.c.Q.* définit le contrat de travail en ces termes :

« 2085. Le contrat de travail est celui par lequel une personne, le salarié, s'oblige, pour un temps limité, moyennant rémunération, à effectuer un travail sous la direction ou le contrôle d'une autre personne, l'employeur. »

Trois éléments caractéristiques du contrat de travail ressortent de cette définition, soit la prestation de travail, la rémunération et la subordination, cette dernière étant le trait distinctif du contrat de travail par rapport à d'autres contrats de droit civil comme, par exemple, le

¹⁹⁴ Nous reprenons ici le mot « ambivalent » utilisé par les auteurs P. Verge et G. Vallée qui indiquent que le droit du travail au Québec « se montre dans son ensemble ambivalent : tantôt il exige un rapport contractuel, tantôt il s'en remet au contraire à un simple constat factuel d'exécution d'un tel travail », Verge et Vallée « Essai », *ibid.* à la p. 85.

¹⁹⁵ Voir Gagnon, LeBel, Verge, *supra* note 1, à la p. 54.

contrat d'entreprise ou de service dont traitent les articles 2098 et suivants du *C.c.Q.*¹⁹⁶. Il s'agit du critère de la subordination juridique qui se distingue de la dépendance économique, la première incluant la deuxième mais l'inverse n'étant pas nécessairement vrai¹⁹⁷.

Divers droits et obligations ressortent des règles du *C.c.Q.* dont certaines dispositions reconnaissent le caractère personnel du contrat de travail, comme c'est le cas du devoir de loyauté du salarié¹⁹⁸ et de l'obligation de l'employeur de protéger la santé et la sécurité de ce dernier¹⁹⁹. Par contre, la doctrine souligne le fait que la présence de la faculté de résiliation du contrat à durée indéterminée moyennant un délai raisonnable ne se concilie pas bien avec l'esprit du droit du travail qui exige une cause juste et suffisante de congédiement²⁰⁰.

Cela dit, il est important de noter que, comme indiqué plus haut²⁰¹, le *C.c.Q.* constitue le droit commun applicable au contrat de travail en vertu de ce que prévoit sa disposition préliminaire. Dans les matières dont il traite, le *C.c.Q.* est le « fondement des autres lois », on peut donc y avoir recours pour combler les lacunes des lois en matière de travail, mais ces dernières peuvent aussi déroger au code.

¹⁹⁶ Voir Robert P. Gagnon et Langlois Kronström Desjardins, s.e.n.c.r.l., sous la direction de Yann Bernard, André Sasseville, Bernard Cliche et Jean-Guy Villeneuve, *Le droit du travail du Québec*, 7^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2013 [R. P. Gagnon et LKD], no 91 à la p. 90.

¹⁹⁷ *Dicom Express inc. c. Paiement*, 2009 QCCA 611 (CanLII), au para. 16 [Dicom].

¹⁹⁸ Art. 2088 *C.c.Q.*

¹⁹⁹ Art. 2087 *C.c.Q.*

²⁰⁰ Voir Verge et Vallée « Essai », *supra* note 16, aux pp. 77-78. Voir aussi Verge « Contrat de travail », *supra* note 19, aux pp. 245-247.

²⁰¹ Voir pp. 17-18 du présent mémoire. La disposition préliminaire du *C.c.Q.* est reproduite à la note 61 de ce mémoire.

Or, le législateur a refusé de considérer le contrat comme l'assise de tout rapport individuel ou collectif de travail régi par le droit du travail²⁰². Le droit du travail québécois n'est pas systématiquement intégré. Le droit commun régissant le contrat de travail existe à côté des lois du travail instituant des régimes de protection, lesquelles déterminent leur champ d'application respectif eu égard aux objectifs particuliers qu'elles poursuivent et contiennent parfois des dérogations au droit civil. Dans les cas de personnes qui ne sont pas atteintes par certaines lois du travail (comme c'est notamment le cas des cadres supérieurs), le rapport de travail est régi par le droit commun. Dans les autres cas, on fera cependant appel au *C.c.Q.* tantôt pour combler les vides des lois particulières, tantôt puisque celles-ci y renvoient²⁰³.

De façon générale, les lois concernant le travail au Québec conditionnent leur application à la présence d'un « salarié » ou d'un « travailleur » au sens de chaque régime particulier qui normalement inclut une définition de l'une ou l'autre de ces notions. Les lois sommairement examinées plus haut en rapport avec l'encadrement de la relation emploi par le législateur québécois (section I.2), soit le *Ct*, la *Lnt*, la *Lsst*, la *Latmp* et la *L.e.s.*, servent à illustrer la situation. Nous ajouterons une brève référence à la *Loi sur les décrets de convention collective*²⁰⁴ (« Ldcc »).

²⁰² Voir *Isidore Garon*, *supra* note 74, aux para. 57-59. Relativement à la position qui voit la législation du travail comme un prolongement du droit commun, voir les commentaires de Gagnon, LeBel et Verge au *Rapport sur le contrat de travail* de l'Office de révision du Code civil publié en 1969 : Robert P. Gagnon, Louis LeBel et Pierre Verge, « Du soi-disant 'contrat de travail' », (1970) 11 *C. de D.* 282, en ligne, <<http://www.erudit.org/revue/cd/1970/v11/n2/1004814ar.pdf>> (document consulté le 2 juin 2014).

²⁰³ Relativement au rapport entre la législation du travail et le droit commun voir Verge, Trudeau et Vallée « Sources », *supra* note 3, aux pp. 12-14.

²⁰⁴ RLRQ c. D-2.

Le *Ct* fait dépendre l'accès au régime de représentation et de négociation collective qu'il prévoit de la qualité de « salarié », lequel est défini à l'article 1 l) *Ct* comme « une personne qui travaille pour un employeur moyennant rémunération », cette notion ne comprenant pas certains cadres et représentants de l'employeur, ainsi que d'autres personnes spécialement énumérées dans la définition légale. Rappelons que le présent mémoire ne traite pas de la problématique concernant les relations entre les droits découlant du contrat individuel du travail et ceux découlant de la convention collective dans un contexte de rapports collectifs du travail, notre analyse portant spécifiquement sur le rôle du contrat comme critère d'accès aux régimes des lois du travail. Ainsi, nous nous intéressons à la définition de « salarié » au sens du *C.t.* dans la mesure où elle conditionne l'application de cette législation.

On observe que le législateur ne fait pas appel à la figure contractuelle pour définir la notion de salarié au sens du *Ct*, ce qui a fait dire à la doctrine qu'elle « correspond à l'approche « relationniste » » et que, dans ce contexte, il n'est pas possible d' « opposer à l'application de la loi l'existence d'un contrat de travail, que la loi n'exige pas, si se réalisent les éléments de la définition légale du salarié », lesquels se rapportent à l'exécution même du travail contre rémunération, c'est-à-dire à l'élément matériel ou factuel²⁰⁵.

²⁰⁵ Verge et Vallée « Essai », *supra* note 16, à la p. 84. Voir aussi Verge « Réalité », *supra* note 90, à la p. 357; Verge, Trudeau et Vallée « Sources », *supra* note 3, à la p. 63.

Malgré ce constat, on retrouve dans la jurisprudence des exemples dans lesquels l'accès à l'arbitrage de griefs en vertu du *Ct* a été refusé à la personne qui, nonobstant avoir travaillé contre rémunération, n'était pas partie à un contrat de travail valide²⁰⁶.

De plus, il est à noter qu'un autre secteur de la doctrine voit dans cette définition « la même réalité que le contrat de travail en vertu du [C.c.Q.] », l'expression « qui travaille » ayant été expliquée, dans le cadre du droit d'association, comme une allusion à la « prestation actuelle de travail » afin d'établir le caractère représentatif du syndicat²⁰⁷.

À l'instar du *Ct*, la *Lnt* prévoit une définition du « salarié » qui ne contient pas de référence spécifique au contrat de travail et qui semble viser un rapport matériel plutôt que contractuel avec l'employeur. Ainsi, une personne qui travaille moyennant rémunération pour un employeur est un salarié au sens de la *Lnt*. Or, la seconde partie de la définition énoncée à l'article 1(10⁰) *Lnt* fait référence au « contrat », sans mentionner spécifiquement le contrat de travail, lorsqu'elle indique que le mot salarié « comprend en outre le travailleur partie à un contrat [...] » dans les conditions prévues dans la définition. Par ailleurs, certaines dispositions de la loi renvoient à la notion de contrat de travail, dont celles concernant le « service

²⁰⁶ Voir *Syndicat des professionnelles et professionnels en milieu scolaire du Nord-Ouest c. Commission scolaire crie*, 1999 CanLII 13643 (QC CA) [CSC 1999]; *Association de l'enseignement du Nouveau-Québec (C.E.Q.) c. Commission scolaire Kativik*, 2002 CanLII 41150 (QC CA) [CSK 2002]. Cette jurisprudence a récemment été révisée par la Cour d'appel. Nous y reviendrons.

²⁰⁷ *JurisClasseur Québec – Collection Droit du Travail, Rapports individuels et collectifs du travail*, « Statuts de salarié et d'employeur dans les lois du travail », vol. 1, fasc. 8, par Carol Jobin, feuilles mobiles, aux no 112-113, p. 8/56 (mise à jour mars 2013) [Jurisclasseur Jobin].

continu », l' « avis de cessation d'emploi » le « certificat de travail »²⁰⁸. La notion de salarié en vertu l'article 1 (10) de la *Lnt* se lit comme suit :

« 10° « salarié » : une personne qui travaille pour un employeur et qui a droit à un salaire; ce mot comprend en outre le travailleur partie à un contrat en vertu duquel:

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

Les opinions varient quant à la portée de cette définition. D'une part, les professeurs P. Verge et G. Vallée y réfèrent parmi les cas qui correspondent à l'approche fondée sur la « relation de travail »²⁰⁹. D'autre part, le professeur C. Jobin affirme, en relation à la première partie de la définition légale, qu'elle « reflète le même rapport contractuel que celui qui est institué par le contrat de travail en vertu du [C.c.Q.] »²¹⁰. Ainsi, sans conclure expressément que la loi impose l'existence d'un tel contrat, cet auteur semble voir dans la définition une expression de l'approche contractuelle²¹¹. De plus, les règles relatives au contrat de travail sont appliquées par la jurisprudence pour déterminer le statut de salarié dans le cadre de la seconde partie de la définition qui réfère à la situation de la personne qui s'oblige, par contrat, à fournir une

²⁰⁸ Articles 1(12), 82 et 84 *Lnt*. Voir Verge et Vallée « Essai », *supra* note 16, aux pp. 77 et 84; Verge « Réalité », *supra* note 90, aux pp. 350 et 357.

²⁰⁹ Verge et Vallée « Essai », *supra* note 16, à la p. 84. Voir aussi Verge « Réalité », *supra* note 90, à la p. 357. Ces auteurs soulignent que l'application de la *Lnt* est fondée sur un critère factuel, au moins dans les cas où elle ne fait pas référence à la notion de « service continu ».

²¹⁰ Jurisclasseur Jobin, *supra* note 207, au no 156, à la p. 8/69.

²¹¹ Or, il ne faut pas oublier que la relation de travail peut être définie à partir des mêmes éléments matériels qui conforment le contrat de travail. Nous y reviendrons.

prestation de travail dans les conditions prévues aux points i, ii et iii²¹². Cela semble logique si l'on considère que surtout les points i et ii de la définition contiennent des références à des éléments propres à la subordination juridique qui caractérise le contrat de travail.

À la différence du *Ct* et de la *Lnt*, l'on retrouve dans les définitions de « travailleur » contenues dans la *Lsst* et la *Latmp* une référence expresse au contrat de travail. La professeure Kathérine Lippel a souligné à cet égard que « [l]a notion de contrat de louage de services personnels est au cœur des définitions du terme « travailleur » inscrites dans les deux lois et la jurisprudence s'inspire des articles 2085 et 2098 du [C.c.Q.] dans l'examen des cas particuliers »²¹³.

La *Lsst* définit le « travailleur » comme une « personne qui exécute, en vertu d'un contrat de travail ou d'un contrat d'apprentissage, même sans rémunération, un travail pour un

²¹² Voir *Paquin c. Services financiers groupe Investors inc.*, 2010 QCCRT 589 [Paquin CRT]; *Paquin c. Commission des relations du travail*, 2011 QCCS 6802 (CanLII) [Paquin CS], *Paquin c. Services financiers Groupe Investors inc.*, 2012 QCCA 37 (CanLII) [Paquin CA].

Dans la doctrine, voir Luc Deshaies et Josée Gervais, « Contrat de travail ou contrat de service : où se situe l'« autonomie » du travailleur autonome ? », en ligne, (2012) 348 *Développements récents en droit du travail* 105, Cowansville, Yvon Blais, 2012, Barreau du Québec, <http://www.caij.qc.ca/doctrine/developpements_recents/348/17081/index.html#infos> (document consulté le 4 juin 2014). En plus de souligner que la définition de salarié de la *Lnt* comprend les éléments essentiels du contrat de travail défini à l'article 2085 C.c.Q. et que les principes élaborés dans le cadre des litiges en vertu du *C.c.Q.* sont de plus en plus appliqués par la CRT, les auteurs précisent que malgré l'absence d'une définition unique du terme salarié dans les différentes lois du travail, « les critères analysés par les tribunaux, lorsqu'il vient le moment de se prononcer sur l'existence d'une relation d'emploi, se rejoignent, et ce, peu importe le régime juridique analysé. Au cœur de la relation d'emploi se trouve en effet l'existence de subordination [...] » (pp. 107, 120 et 124 du texte précité). Voir aussi Jean-Yves Brière, « le Code civil du Québec et la Loi sur les normes du travail : convergence ou divergence? » en ligne, *Relations industrielles*, vol. 49, no 1, 1994, p. 104-132, <<http://www.erudit.org/revue/ri/1994/v49/n1/050920ar.pdf>> (document consulté le 27 mai 2014) : cet auteur indiquait, en 1994, « qu'il est logique de prétendre que l'entrepreneur dépendant au sens de la *Loi sur les normes du travail* est détenteur d'un véritable contrat de travail au sens de l'article 2085 C.c.Q. » (p. 113).

²¹³ Kathérine Lippel, « Le travail atypique et la législation en matière de santé et sécurité du travail », en ligne, (2004) 208 *Développements récents en droit de la santé et sécurité au travail* 311, à la p. 313 (la référence figurant dans le texte est omise dans la citation), <http://www.caij.qc.ca/doctrine/developpements_recents/201/1017/index.html> (document consulté le 4 juin 2014).

employeur, y compris un étudiant dans les cas déterminés par règlement »²¹⁴, tout en excluant de cette définition certains représentants de l'employeur et dirigeants de l'entreprise de ce dernier. Nonobstant ceci, ces personnes jouissent de certains droits reconnus au travailleur²¹⁵.

En 2012, la Cour d'appel du Québec a maintenu une décision de la Commission des lésions professionnelles (« CLP ») qui avait refusé l'accès au droit de retrait préventif de la femme enceinte prévu dans la *Lsst* à une enseignante suppléante occasionnelle en se fondant essentiellement sur des règles du droit civil pour conclure qu'elle n'était pas une « travailleuse » au sens de la loi. Cette décision a récemment été infirmée par la Cour suprême du Canada qui a retenu une définition large de la notion de « travailleur » de manière à respecter le choix du législateur d'atteindre un spectre plus large de travailleurs que ceux qui sont des employés au sens du droit civil²¹⁶. Nous y reviendrons.

Pour sa part, l'article 2 de la *Latmp* définit le mot « travailleur » comme « une personne physique qui exécute un travail pour un employeur, moyennant rémunération, en vertu d'un contrat de travail ou d'apprentissage ». Il est à noter que la même disposition réfère au « travailleur autonome » comme étant la « personne physique qui fait affaires pour son propre compte, seule ou en société, et qui n'a pas de travailleur à son emploi ». Les travailleurs autonomes peuvent, dans diverses situations, avoir accès aux bénéfices de la loi. Or, l'importance de l'approche adoptée pour définir la notion de « travailleur » qui fait référence au contrat de travail nous semble claire, notamment, à la lumière d'une partie de la

²¹⁴ Art. 1 *Lsst*.

²¹⁵ Art. 11 *Lsst*.

²¹⁶ *Dionne c. Commission scolaire des Patriotes*, 2012 QCCA 609 (CanLII) [CSP CA], pourvoi accueilli par la Cour suprême du Canada : *Dionne c. Commission scolaire des Patriotes*, 2014 CSC 33 [CSP CSC].

jurisprudence qui prend appui sur l'absence d'un contrat de travail valide pour nier le statut de « travailleur » à des étrangers sans permis de travail²¹⁷. Précisons que la jurisprudence est divisée sur la question, comme nous le verrons à la section III.1.1 du présent texte.

Pour ce qui est de la *L.e.s.*, la notion de « salarié » définie à l'article 8 vise « toute personne physique qui s'oblige à exécuter un travail moyennant rémunération, sous la direction ou le contrôle d'un employeur ». Même s'il n'y a pas de renvoi explicite au contrat de travail, la définition légale réfère aux éléments dudit contrat énoncés à l'article 2085 C.c.Q.

Enfin, la *Ldcc*, qui permet au gouvernement d'élargir par décret l'application d'une « convention collective relative à un métier, à une industrie, à un commerce ou à une profession » aux entreprises d'un secteur défini dans le décret²¹⁸, prévoit à l'article 1(j) une définition de « salarié » de nature factuelle, laquelle se lit comme suit :

« j) « salarié » signifie : tout apprenti, manœuvre ou ouvrier non spécialisé, ouvrier qualifié ou compagnon, artisan, commis ou employé qui travaille individuellement, en équipe ou en société; »

²¹⁷ Voir notamment l'affaire *Castillo et For-Net Montréal Inc.*, [2003] C.L.P. 738, (2003) AZ-50191705 (Azimut) (CLP Qc) [Castillo]. Il est à noter que la jurisprudence a évolué dans un sens plus favorable aux travailleurs : *Henriquez et Alimentos Mello*, 2006 CanII 65957 (QC CLP) [Henriquez]; *Rodas Garcia et Services d'entretien Advance Inc.*, 2011 QCCLP 1350 [Garcia]; *Flores Cornejo et Viandes et aliments Or-Fil*, 2011 QCCLP 4969 [Cornejo], entre autres. Les deux courants jurisprudentiels seront étudiés à la section III.1.1 du présent mémoire.

Voir en doctrine les articles suivants qui se penchent sur la question : Stéphanie Bernstein, « Au carrefour des ordres publics : l'application des lois du travail aux travailleuses et travailleurs ne détenant pas de permis de travail valide en vertu de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés », en ligne, (2009) 310 *Développements récents en droit du travail* 239, Cowansville, Yvon Blais, 2009, Barreau du Québec, <http://www.caij.qc.ca/doctrine/developpements_recents/310/1660/index.html> (document consulté le 4 juin 2014) [Bernstein]; Annie Gagnon, « Les travailleurs étrangers et la L.A.T.M.P. », en ligne, (2012) 346 *Développements récents en droit de la santé et sécurité au travail* 3, Cowansville, Yvon Blais, 2012, Barreau du Québec, <http://www.caij.qc.ca/doctrine/developpements_recents/346/15412/index.html> (document consulté le 4 juin 2014) [A. Gagnon].

²¹⁸ Art. 2 *Ldcc*.

Le professeur Jobin souligne que cette disposition se prête à une interprétation large de la notion de salarié qui englobe la personne travaillant en vertu d'un contrat de société ou de service, même si la question « demeure floue et discutable »²¹⁹. Pour leur part, les professeurs Verge et Vallée indiquent, avec référence à la jurisprudence, que l'application d'une convention collective en vertu de la *Ldcc* ne dépend pas de la conclusion d'un contrat de travail mais d'un critère objectif, soit l'exécution du travail²²⁰. La Cour d'appel du Québec a récemment eu l'occasion de souligner, dans une affaire pénale, qu'une personne répond à la définition de salarié contenue dans la *Ldcc* « dès qu'elle effectue un travail visé par un décret », tout en écartant la *subordination* comme un critère à considérer pour qualifier une personne de salarié au sens de cette loi²²¹.

De l'ensemble des développements précédents, il nous apparaît possible d'extraire deux propositions connexes mais distinctes. La première est que le rapport de travail qui donne ouverture à l'application de diverses lois protectrices des travailleurs peut être fondé, soit sur un « contrat de travail », soit sur une « relation de travail » sans faire appel à la figure contractuelle. La législation québécoise présente des manifestations de deux approches utilisées pour définir le rapport de travail, au moins selon la vision d'une partie de la doctrine. Le second élément concerne le fait que le recours au critère factuel permettrait d'élargir le

²¹⁹ Jurisclasseur Jobin, *supra* note 207, au no 143, p. 8/65.

²²⁰ Verge et Vallée « Essai », *supra* note 16, à la p. 84. Les auteurs réfèrent à l'affaire *Entreprises M.D. de Chicoutimi inc. c. Tremblay*, [1990] R.J.Q. 1533, 1990 CanLII 3745 (QC CA). Dans cette décision, relative au décret de la construction et à la *Loi sur les relations de travail dans l'industrie de la construction* (L.R.Q. c. R-27, telle que citée dans la décision), la Cour d'appel indique que « [l']exigibilité du salaire et l'application du décret ne dépendent pas de la conclusion d'un contrat individuel de travail valide et conforme à la Loi. Elles reposent sur un critère d'assujettissement objectif soit l'exécution du travail visé par le décret dans la classification en cause ».

²²¹ 9141-6669 *Québec inc. c. Comité conjoint des matériaux de construction*, 2013 QCCA 337, au para. 18 [Comité conjoint des matériaux de construction].

spectre des personnes protégées par le droit du travail. Cette dernière question touche un sujet plus large que celui de la nature juridique du rapport d'emploi, elle vise les frontières mêmes du droit du travail.

Or, ces deux propositions sont en interrelation. En effet, le recours au critère factuel permettra d'inclure dans le champ de protection du droit du travail des personnes qui ne sont pas liées par un contrat de travail, mais la mesure de cette inclusion sera déterminée par les éléments matériels qui doivent être considérés pour conclure à l'existence d'une relation de travail.

Si comme dans les législations latino-américaines étudiées plus haut, la relation de travail est conçue comme le « pendant factuel » du contrat de travail et donc composée des mêmes éléments que celui-ci, soit essentiellement la prestation de travail, la rémunération et la subordination juridique, les effets de considérer l'existence d'une relation de travail ainsi définie comme le critère qui détermine l'application du droit du travail aurait des conséquences principalement sur le terrain formel, et plus particulièrement dans les cas de nullité du contrat de travail. Par contre, si l'on considère qu'une relation de travail existe, par exemple, dès l'exécution du travail défini dans le décret comme dans le cas de la *Ldcc*, l'on pourra considérer comme incluses dans le champ d'application de la loi des personnes qui ne sont pas liées par un contrat de travail. On peut penser notamment à la situation des individus ayant conclu un contrat de services et plus particulièrement aux entrepreneurs dépendants dont le rapport est caractérisé par la présence d'une dépendance économique, laquelle n'est pas l'équivalent de la subordination juridique comme on l'a déjà indiqué. Les professeurs Verge, Trudeau et Vallée semblent référer à ces deux aspects lorsqu'ils écrivent que :

« [...] la solution de la relation de travail peut assurer l'application d'une loi relative au travail là où le contrat de travail n'y parviendrait pas : soit, de façon tout à fait exceptionnelle, qu'un vice de formation atteigne la validité d'un tel contrat, soit, d'une manière beaucoup plus importante d'un point de vue systémique, que le législateur entende que sa loi atteigne non seulement des salariés au sens traditionnel du terme, mais également d'autres catégories de personnes dont le travail ne correspond pas à la prestation classique visée dans le contrat. »²²²
[références omises]

Il est à noter que tout en proposant une approche de complémentarité et d'interdépendance entre le *C.c.Q.* et les lois de l'emploi, le professeur F. Morin indique que la définition de « salarié » doit être suffisamment souple pour permettre d'atteindre l'objectif de protection des lois du travail tout en s'adaptant aux besoins de l'entreprise actuelle. Ainsi, il se demande « pourquoi ne pourrions-nous pas qualifier le salarié en des termes relativement souples comme ceux-ci : la personne qui, sans égard aux conditions formelles du contrat, exécute elle-même une prestation de travail au profit et sous la direction de l'autre et qui reçoit, en contrepartie, une rémunération »²²³. En tenant compte de la fonction de la définition du « salarié » qui sert « de clé d'accès ou de moyen de rattachement de cette personne au corpus juridique du droit de l'emploi », il propose de « retenir les principes de réalité et de solidarité » en ces termes :

« Le principe de réalité consisterait à prendre acte de l'organisation de production dans l'étude de la réelle chaîne des titres afin de distinguer le vrai du faux, de l'apparent plus formel que réel. De plus, les tribunaux spécialisés disposeraient de la compétence juridictionnelle nécessaire pour procéder à la qualification des personnes à titre de salarié ou d'employeur aux fins de leur champ principal. Du même coup, nous établirions un lien fonctionnel entre le *Code civil du Québec*

²²² Verge, Trudeau et Vallée « Sources », *supra* note 3, aux pp. 63-64.

²²³ Fernand Morin, *L'élaboration du droit de l'emploi*, Wilson & Lafleur, Montréal, 2011, aux pp. 78-81, en ligne : < http://www.cajj.qc.ca/doctrine/wilson_et_lafleur/46/index.html > (document consulté le 12 mai 2014).

et les lois de l'emploi. Pour fins de cohérence, de stabilité et de prévisibilité du droit, il nous apparaît toujours essentiel de retenir une approche assurant une interdépendance et une complémentarité harmonieuse des règles de droit provenant de diverses sources et ce, en fonction de l'ordre hiérarchique constitutionnel. »²²⁴

À ce stade, il semble clair que la formule adoptée pour définir le rapport de travail a une incidence sur les catégories de travailleurs qui peuvent avoir accès aux régimes de protection des lois du travail. C'est pourquoi il nous apparaît intéressant d'exposer sommairement les recommandations du rapport Bernier concernant les définitions de « salarié » et de « travailleur » examinées plus haut, lesquelles servent surtout à illustrer comment la solution fondée sur la réalité factuelle peut permettre d'atteindre les personnes qui ne sont pas dans une situation traditionnelle d'emploi.

II.2.4.2 Le rapport Bernier

En 2002, un comité d'experts a été constitué afin d'examiner les besoins de protection sociale des personnes vivant une situation de travail non traditionnelle et de faire rapport au gouvernement du Québec. Ce comité, présidé par M. Jean Bernier, professeur au Département des relations industrielles de l'Université Laval, et composé également de Mme Guylaine Vallée, professeure à l'École de relations industrielles de l'Université de Montréal, et de Me

²²⁴ *Ibid.* à la p. 80.

Carol Jobin, professeur au Département des sciences juridiques de l'Université du Québec à Montréal, a rendu public son rapport final en 2003²²⁵ (« rapport Bernier »).

Dans le cadre de son analyse, le comité a, entre autres, examiné la portée des définitions de « salarié » et de « travailleur » donnant accès aux divers régimes législatifs de protection sociale parmi lesquels se retrouvent le *Ct*, la *Lnt*, la *Lsst*, la *Latmp*, *L.es.* et la *Ldcc*. Après avoir indiqué que ces régimes ont été construits « à partir d'une notion très classique ou très traditionnelle du lien de salariat » qui ne représente pas la réalité du monde du travail à l'heure actuelle où les emplois dits « atypiques » sont de plus en plus courants²²⁶, le comité précise que « [c]ela 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 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 »²²⁷.

Dans ce cadre, le comité a soumis plusieurs recommandations guidées par trois principes, soit « le caractère d'ordre public de la qualification de la relation d'emploi », « l'accessibilité la

²²⁵ Jean Bernier, Guylaine Vallée et Carol Jobin, « Les besoins de protection sociale des personnes en situation de travail non traditionnel », Rapport final du Comité d'experts chargé de se pencher sur les besoins des personnes vivant une situation de travail non traditionnelle, Gouvernement du Québec, 2003, en ligne : <http://www.travail.gouv.qc.ca/publications/archives/normes_du_travail.html> (document consulté le 4 juin 2014) [Rapport Bernier]. Il est à noter que le rapport comporte plusieurs sections qui sont publiées séparément à l'adresse électronique précitée.

²²⁶ Rapport Bernier, *ibid.* à la p. 400. Le Rapport indique que « plus du tiers des emplois échappent maintenant au modèle de l'emploi permanent à durée indéterminée pour un employeur donné dans les locaux de l'entreprise », tout en précisant que les emplois dits « atypiques » « 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 ».

²²⁷ *Ibid.*

plus générale possible » et « l'absence de discrimination fondée sur le statut d'emploi »²²⁸. Pour ce qui nous intéresse, le principe relatif au caractère d'ordre public de la qualification de la relation d'emploi se rapporte au principe de la réalité en droit du travail, lequel implique essentiellement que la qualification faite par les parties du rapport de travail ne saurait pas prévaloir sur la situation réelle devant être considérée pour déterminer si les critères établis par la loi sont remplis²²⁹. Relativement à l'accessibilité aux régimes législatifs de protection²³⁰, le comité estime que ceux-ci « doivent rejoindre toutes les personnes qui éprouvent des besoins légitimes compatibles avec leurs objectifs », ce qui va non seulement dans l'intérêt des travailleurs individuellement, mais aussi de la société dans son ensemble²³¹. Le lien entre l'accessibilité aux régimes et la prise en compte de la situation factuelle dans les définitions qui ouvrent la porte à l'application des lois du travail est mis en évidence dans l'extrait suivant du rapport Bernier :

« Là où l'accessibilité dépend de la notion de salarié ou travailleur, la garantie d'accessibilité implique que l'on 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 dispose, 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. »²³²

²²⁸ Voir *ibid.* aux pp. 406-413.

²²⁹ *Ibid.* aux pp. 406-409.

²³⁰ *Ibid.* aux pp. 409-411.

²³¹ *Ibid.* à la p. 409.

²³² *Ibid.* à la p. 410.

Le comité suggère ainsi de réviser et d'harmoniser les définitions de « salarié » et « travailleur » donnant accès aux divers régimes de protection sociale. Les recommandations relatives au *Ct*, à la *Lnt*, à la *Lsst*, à la *Latmp*, à la *L.e.s.* et à la *Ldcc*, se lisent, pour ce qui nous intéresse, comme suit :

« Recommandation no 1

Que la définition du « salarié » 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. »²³³

* *

« Recommandation no 4

Que la définition du « salarié » en vertu de la *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*; [...] »²³⁴

* *

« Recommandation no 5

Que la définition du « salarié » en vertu de la *Loi sur les décrets de convention collective* soit révisée afin de la rendre identique à celle qui est recommandée pour la définition du salarié 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; [...] »²³⁵

* *

²³³ *Ibid.* à la p. 431.

²³⁴ *Ibid.* à la p. 437.

²³⁵ *Ibid.* à la p. 439.

« Recommandation no 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 »; [...] »²³⁶

* *

« Recommandation no 7

Que la définition du « salarié » en vertu de la *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*; [...] »²³⁷

* *

« Recommandation no 8

Que la définition du « travailleur » en vertu de la *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*; [...] »²³⁸

Relativement aux caractéristiques de la définition actuelle de la notion de « salarié » donnant accès au régime du *Ct*, le comité note qu'elle favorise une « approche basée sur la réalité factuelle de la situation et de la relation d'emploi », tout en soulignant que « [elle] se distingue d'un autre type de définition employé[e] dans le cadre d'autres régimes qui, faisant référence au « contrat de travail », renvoi, au plan de l'interprétation, au [C.c.Q.] »²³⁹.

Malgré cette situation, le comité estime convenable de « renforcer » l'approche factuelle en écartant la notion de contrat de travail du *C.c.Q.* comme un élément à considérer pour qualifier

²³⁶ *Ibid.* à la p. 441.

²³⁷ *Ibid.* à la p. 443.

²³⁸ *Ibid.* à la p. 445.

²³⁹ *Ibid.* à la p. 417

un individu de « salarié », de façon que cette dernière notion puisse englober des situations qui ne remplissent pas les critères qui caractérisent le contrat de travail, comme c'est le cas de l'entrepreneur dépendant²⁴⁰. Il propose également d'exclure de la définition de salarié toute référence à la subordination juridique, élément distinctif du contrat de travail, afin de ne pas faire indirectement ce qu'on cherche à éviter en omettant de référer au contrat de travail²⁴¹.

Par ailleurs, le comité suggère d'élargir la notion de salarié par l'inclusion du critère de la « dépendance économique » propre à l'entrepreneur dépendant, cette expression faisant référence à la situation dans laquelle une personne est placée compte tenu du contexte et des modalités du travail qu'elle s'engage à fournir au profit d'une autre personne²⁴².

On peut voir ici un exemple de l'utilisation de la théorie de relation de travail afin d'élargir l'accès aux régimes de protection sociale aux personnes qui exécutent un travail dans des conditions que le législateur vise à protéger avec l'instauration de ces régimes. La prise en compte du critère factuel permettrait, selon le comité, de rejoindre le plus grand nombre de personnes. Or, pour atteindre cette finalité, le comité ne se limite pas à choisir entre la thèse contractuelle et l'approche factuelle qui incarne la théorie de la relation de travail. Il se penche sur la portée même du droit du travail qui vise à protéger non seulement le salarié au sens traditionnel du terme, mais aussi d'autres personnes qui dans le monde actuel du travail doivent y être assimilées puisqu'elles se retrouvent avec des besoins similaires de protection

²⁴⁰ *Ibid.* à la p.427. Notons que le rapport Bernier fait référence à la solution retenue dans d'autres juridictions qui ont assimilé l'« entrepreneur dépendant » au salarié (voir pp. 423-426 du rapport). Dans ce sens, voir les définitions d'« employé » et d'« entrepreneur dépendant » qui figurent à l'art. 3(1) *Code canadien du travail*, L.R.C., (1985) ch. L-2.

²⁴¹ *Ibid.* à la p.428.

²⁴² *Ibid.* aux pp. 428-429.

que le droit du travail cherche à satisfaire. Le rapport de travail est ainsi appréhendé d'un point de vue matériel, mais en plus, les éléments qui servent à le définir ne sont pas ceux qui caractérisent le contrat de travail, même si ce dernier est évidemment inclus dans les définitions du « salarié » et du « travailleur » proposées dans le rapport Bernier.

L'approche factuelle serait ainsi plus inclusive que celle basée sur le contrat. Mais les difficultés découlant de l'adoption de la solution contractuelle ne se limitent pas aux catégories de travailleurs atteints par le droit du travail, elles se rapportent aussi à des problèmes d'ordre formel et à la méthode d'analyse.

II.3 Les inconvénients de l'approche contractuelle

Le choix du contrat de travail comme élément qui détermine l'application de la législation du travail est susceptible de soulever diverses sortes de problèmes qui peuvent être classés comme suit : les inconvénients ayant trait à la forme (II.3.1), ceux relatifs à la méthode d'analyse (II.3.2) et les problèmes se rapportant au champ d'application des lois du travail (II.3.3).

II.3.1 Les inconvénients d'ordre formel

Nous avons déjà mentionné que la théorie de la relation de travail est plus favorable à l'application du droit du travail que la thèse contractuelle lorsque des questions liées à la nullité du contrat de travail sont en cause. En effet, dans un contexte où le rapport de travail visé par la loi est celui fondé sur le contrat de travail, la nullité de ce dernier entraînera comme conséquence la non-application de cette législation puisque le contrat nul ne produit pas d'effets juridiques. Le salarié partie à une entente frappée de nullité ne pourra donc pas bénéficier des dispositions dont l'application est fondée sur l'existence d'un contrat de travail, sauf disposition expresse contraire de la loi à cet effet.

On a vu que le droit français a choisi la solution contractuelle et que, dans ce cadre, le législateur a prévu des dispositions spécifiques qui font exception aux règles générales en matière de nullité, ce qui permet d'assurer que la finalité de protection du droit du travail soit remplie. En effet, le contrat de travail de l'étranger qui travaille sans permis étant nul en vertu d'une disposition d'ordre public qui interdit ce genre de situations²⁴³, la *C.t.f.* a assimilé ledit travailleur à un « salarié régulièrement engagé » au regard de certaines obligations de l'employeur concernant la maternité, la durée du travail, les congés, la santé et la sécurité au travail et la prise en compte de l'ancienneté dans l'entreprise²⁴⁴. Il a fait également produire des effets juridiques à la période d'emploi irrégulière notamment en reconnaissant au salarié sans permis de travail le droit « au paiement du salaire et des accessoires de celui-ci,

²⁴³ Pélissier, Supiot et Jemmaud, *supra* note 117, à la p. 223. Rappelons que les auteurs considèrent qu'il s'agit d'une nullité « originale » et qui « opère sans rétroactivité ».

²⁴⁴ Art. L8252-1 *C.t.f.*

conformément aux dispositions légales, conventionnelles et aux stipulations contractuelles applicables à son emploi »²⁴⁵.

Au Québec, où il n'y a pas de disposition similaire à celles du droit français, un courant jurisprudentiel portant sur la non-application de la *Latmp* à des travailleurs sans permis de travail valide²⁴⁶ met en évidence les effets pervers que le choix contractuel et la transposition des règles de nullité des contrats peut avoir sur l'application effective du droit du travail aux personnes qu'il vise à protéger. Même si depuis un certain temps on observe un renversement de cette tendance avec quelques décisions qui favorisent une solution faisant primer l'ordre public du travail, la situation demeure inquiétante²⁴⁷.

Par ailleurs, l'analyse de la jurisprudence démontre que l'absence d'une condition de forme nécessaire à la formation d'un contrat valide peut également entraîner le refus d'accès à d'autres régimes protections même s'il s'agit de personnes qui ont effectivement travaillé. Nous reviendrons plus bas sur ce type de situations²⁴⁸.

Outre les cas de nullité du contrat de travail, l'approche factuelle peut être plus favorable à l'application du droit du travail que celle fondée sur le contrat dans le cas de relations de travail tripartites où il n'y a pas de lien contractuel formel entre le travailleur et son « véritable employeur », comme le souligne la professeure G. Vallée dans un texte récent qui présente l'œuvre scientifique du professeur P. Verge :

²⁴⁵ Art. L8252-2 *C.t.f.* Voir aussi art. L8252-3 et L822-4 *C.t.f.*

²⁴⁶ Voir section III.1.1.1 du présent mémoire.

²⁴⁷ Nous reviendrons sur la question dans la section III du présent mémoire.

²⁴⁸ Voir section III.1.2 du présent mémoire.

« [...] Dans les nouvelles configurations d'entreprises, qu'elles soient nationales ou transnationales, le rapport salarial peut exister sans qu'un lien de droit contractuel ne soit formé entre le travailleur et la personne qui bénéficie de son travail : il existe alors une relation de travail sans qu'il y ait contrat de travail. C'est le cas lorsqu'une entreprise cliente confie une partie de sa production, voire la totalité, à des sous-traitants ou à des agences de location de personnel qui fournissent leur propre personnel. Grâce à une approche factuelle, la majorité de la Cour suprême du Canada a pu, dans l'affaire *Ville de Pointe-Claire*, considérer qu'il était raisonnable que l'entreprise cliente soit désignée comme l'employeur de ces travailleurs, en dépit de l'absence d'un lien contractuel entre eux, lorsqu'elle exerçait *de facto* le plus grand contrôle sur leur travail. Dans ces nouvelles configurations d'entreprise, le pouvoir de contrôler ou d'organiser le travail peut aussi être réparti entre plusieurs entités distinctes qui se partagent les attributs de l'employeur. En rattachant la protection du droit du travail à la personne du travailleur plutôt qu'à l'existence d'une relation bipartite entre celui-ci et un seul employeur, cette approche permet d'en garantir l'accessibilité, le défi n'étant plus d'évaluer le droit du travailleur à la protection du droit du travail mais bien de déterminer le partage des responsabilités entre les différentes entités qui se partagent le contrôle de son travail [...] »²⁴⁹
[référence omise]

II.3.2 Les inconvénients relatifs à la méthode d'analyse

Le choix de l'approche contractuelle peut soulever également des problèmes dans le cadre d'un rapport susceptible de qualifications juridiques variées conformément au droit civil des contrats. Il s'agit à proprement parler d'une question de méthode d'analyse²⁵⁰ dans la mesure où le choix du contrat comme élément qui détermine l'application d'une loi du travail pourrait

²⁴⁹ Guylaine Vallée, « La contribution scientifique de Pierre Verge à l'affirmation et à la recomposition du droit du travail », 2014 [non publié], École des relations industrielles, Université de Montréal, p. 16.

La référence omise dans le texte correspond à la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Pointe-Claire (Ville) c. Québec (Tribunal du travail)*, [1997] 1 R.C.S. 1015.

²⁵⁰ Voir Vallée « Reconnaître », *supra* note 67. L'auteure se penche, avec référence à la jurisprudence, sur les difficultés d'appliquer les notions de « salarié » ou d'« employeur » dans un contexte où diverses qualifications contractuelles peuvent s'appliquer. Elle conclut que la méthode réaliste doit être affirmée pour assurer l'application effective du droit du travail à l'ensemble des situations qu'il vise à protéger.

donner lieu à la prise en compte de la forme contractuelle, plutôt qu'à l'examen de la situation réelle pour déterminer si oui ou non le rapport en question est visé par le régime de protection qu'elle prévoit²⁵¹. L'inclusion dans la loi d'une définition du rapport de travail basée sur la constatation de certains éléments factuels aiderait à clarifier le genre d'analyse devant guider l'application d'un régime légal de protection des travailleurs.

Même si le choix de l'approche contractuelle pour définir le rapport de travail n'est pas en soi un facteur déterminant la méthode d'analyse à appliquer, nous estimons que la réception de la théorie de la relation de travail favoriserait une analyse centrée sur la réalité du rapport de travail dans les faits plutôt que sur la qualification contractuelle retenue par les parties. Bien entendu, le fait d'avoir recours au contrat de travail pour définir le rapport visé par une loi de protection sociale n'empêche aucunement de faire appel au « principe de la réalité » pour examiner la situation réelle au-delà de la forme contractuelle choisie par les parties, ce qui est par ailleurs nécessaire. Mais l'adoption d'une approche matérielle dans la définition même du rapport de travail supporterait un examen axé sur l'aspect factuel et éviterait toute ambiguïté sur la méthode d'analyse qui doit prévaloir : on devrait commencer par examiner les faits et si ceux-ci démontrent qu'il s'agit d'une situation visée par la loi, on devrait lui donner effet sans avoir à déterminer l'existence d'un contrat liant les parties ni la qualification d'une telle entente, le cas échéant. La décision de la Cour d'appel, citée plus haut, indiquant qu'une personne répond à la définition de salarié en vertu de la *Ldcc* « dès qu'elle effectue le travail

²⁵¹ Voir à cet égard l'analyse de la professeure Vallée concernant l'arrêt *Charron c. Drolet*, 2005 QCCA 430 (CanLII) : *ibid.* aux pp.521-524. Il est à noter que cette affaire portait sur le *C.c.Q.* et mettait en cause la question de savoir si une personne peut être à la fois salariée et associée. La professeure Vallée examine cette affaire dans le cadre de son analyse portant sur la méthode à retenir dans des situations de travail pouvant faire l'objet des qualifications contractuelles variées. Ce texte met évidence les conséquences d'adopter une analyse fondée sur le droit commun des contrats plutôt que sur la méthode réaliste propre au droit du travail.

visé par un décret », et ce, au-delà de la présence ou de l'absence de subordination²⁵², sert à illustrer nos propos.

Autrement dit, dès qu'on constate que les éléments matériels énoncés dans la définition du rapport de travail visé par la loi sont présents il n'y aurait pas d'autre analyse à effectuer. Peu importe si deux figures contractuelles sont possibles ou si les régimes juridiques de ces deux catégories de contrats sont compatibles ou non au regard du droit civil; dans un contexte où l'application d'un régime de protection est déterminée par l'existence d'un rapport de travail qui n'est pas défini à partir du contrat de travail, ces questions n'auraient pas de place dans l'analyse.

II.3.3 Les inconvénients se rapportant au champ d'application du droit du travail

Comme indiqué plus haut, le recours à l'approche factuelle permettrait d'incorporer au champ de protection du droit du travail certaines personnes qui ne sont pas liées par un contrat de travail, mais la mesure de cette inclusion serait déterminée par les éléments retenus par le législateur pour définir la relation de travail. Il y a certaines situations qui ne rejoignent pas les caractéristiques du salariat traditionnel auxquelles l'on pourrait vouloir étendre l'application des lois du travail. Pensons notamment au cas des entrepreneurs dépendants. Dans cette hypothèse, l'absence de référence au contrat de travail, caractérisé par la « subordination », s'impose nécessairement.

²⁵² *Comité conjoint des matériaux de construction, supra* note 221.

Les recommandations du rapport Bernier étudiées précédemment semblent aller dans ce sens. Ce rapport propose de définir les notions du « salarié » et du « travailleur » à partir d'un critère matériel qui permettrait d'atteindre le plus grand nombre de personnes qui travaillent pour autrui. Or, il ne se limite pas à choisir l'approche factuelle qui découle de la théorie de la relation de travail pour définir ces notions. Le rapport Bernier se penche sur la question des frontières mêmes du droit du travail, lequel dans le contexte des transformations du monde du travail actuel²⁵³ risque de ne pas atteindre son objectif de protection si l'on retient la définition du salarié au sens classique et traditionnel du terme. Il suggère alors de saisir le rapport de travail d'un point de vue matériel, en omettant toute référence au contrat de travail, mais aussi, en énonçant un critère basé sur la dépendance économique plus inclusif que celui de la subordination juridique propre au contrat de travail.

Ainsi, on observe que contrairement au critère contractuel, le recours à l'approche factuelle assortie d'une formule englobant un plus grand nombre de situations de travail pour autrui s'avère utile dans une perspective d'élargissement du champ d'application des lois du travail. Il s'agit d'un outil auquel il est particulièrement intéressant de recourir dans le cadre d'une révision des notions qui sont à la base même du développement du droit du travail²⁵⁴. Celui-ci étant d'abord une réponse aux nécessités découlant du travail subordonné, les transformations

²⁵³ Concernant les transformations dans le monde du travail voir notamment : Pierre Verge, « L'adaptation du droit du travail à la 'nouvelle entreprise' », dans Jean Bernier et al., dir., *L'incessante évolution des formes d'emploi et la redoutable stagnation des lois du travail*, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 2001, aux pp. 21-42; Pierre Verge, « Les instruments d'une recomposition du droit du travail : de l'entreprise-réseau au pluralisme juridique », (2011) *C. de D.* 135, en ligne : < <http://www.erudit.org/revue/cd/2011/v52/n2/1006412ar.pdf> > (document consulté le 4 juin 2014).

²⁵⁴ Son utilité peut cependant paraître plus restreinte quand il est question de concevoir un régime de protection applicable à un groupe spécifiquement identifié des travailleurs indépendants. On sait, par exemple, que le législateur a élargi la négociation collective à un groupe de travailleurs indépendants comme les artistes (voir dans la sphère provinciale la *Loi sur le statut professionnel et les conditions d'engagement des artistes de la scène, du disque et du cinéma*, RLRQ c. S-32-1 [LSA]).

opérées dans le monde du travail font voir que des modifications législatives sont nécessaires afin de tenir compte de nouvelles formes d'acquisition de la force de travail. Dans ce contexte, certaines voix proposent « que tous les travailleurs dépendant de la vente de leur capacité de travail soient protégés, à moins qu'il existe des raisons d'intérêt public convaincantes pour créer une définition plus étroite »²⁵⁵. Dans le cadre d'une telle proposition, le critère factuel doit à sa face même prévaloir.

La façon dont la Cour d'appel a récemment abordé la notion de salarié au sens de *Ldcc*, fondée sur un critère objectif, démontre comment ce type de définition peut être plus inclusif et éliminer de l'analyse les critères propres au contrat du travail. Cette décision, mentionnée ci-avant pour illustrer les avantages de l'approche factuelle quant à la méthode d'analyse, permet aussi de voir les effets de ladite approche en ce qui concerne l'application des lois du travail à des personnes qui ne répondent pas à la notion classique de salarié :

« En l'espèce, le fait que les chauffeurs se considèrent comme des travailleurs autonomes et en *possèdent* même certains attributs n'est pas un obstacle à ce qu'ils soient considérés comme des salariés au sens de la *Loi sur les décrets de convention collective*. Une personne est qualifiée de salarié au sens de la Loi sur les décrets dès qu'elle effectue un travail visé par le décret. Qu'il y ait présence ou absence de subordination n'y change absolument rien. »²⁵⁶

Or, lorsqu'on pose l'utilisation de l'approche matérielle pour étendre le champ d'application des lois du travail au-delà de la notion traditionnelle du salariat et inclure ainsi de nouvelles

²⁵⁵ Judy Fudge, Eric Tucker et Leah Vosko, « Le concept légal de l'emploi : la marginalisation des travailleurs », document rédigé pour la Commission du droit du Canada, 2002, p. 144, en ligne : < http://publications.gc.ca/collections/collection_2007/lcc-cdc/JL2-35-2002F.pdf > (document consulté le 4 juin 2014).

²⁵⁶ *Comité conjoint des matériaux de construction*, *supra* note 221.

formes d'emploi qui tombent à l'intérieur de la finalité du droit du travail, on sort des inconvénients formels ou de méthode pour se pencher sur une question plus large qui touche les limites mêmes du droit du travail, sujet qui est intimement lié à l'aptitude dudit droit à remplir l'une de ses fonctions principales, soit celle de protection des travailleurs.

En 1999, A. Supiot faisait référence à la reprise en Europe du débat concernant les « frontières du salariat »²⁵⁷. Dans un rapport préparé pour la Commission européenne concernant les transformations du travail et l'évolution du droit du travail en Europe, il soulignait que l'élargissement de la notion de subordination a eu un effet inclusif pour plusieurs catégories des travailleurs tout en précisant que « les travailleurs les plus faibles se voyaient au contraire privés en tout ou en partie de ces protections par la précarisation de leur emploi, voire expulsés du droit du travail par le recours à la fausse indépendance »²⁵⁸. Le professeur Supiot identifiait deux tendances, l'une qui « consiste à *réduire le champ d'application du droit du travail*, en revenant à une conception stricte du critère de la subordination » et l'autre qui vise « au contraire à élargir le champ d'application du droit du travail, en recourant à d'autres critères que celui de la subordination juridique »²⁵⁹. Relativement à cette dernière orientation, il explique que deux idées ont été développées visant à substituer au critère de la subordination celui de la dépendance économique, d'une part, et celui de l'intégration dans l'entreprise

²⁵⁷ Alain Supiot, *Au-delà de l'emploi – Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Rapport pour la Commission des Communautés européennes avec la collaboration de l'université Carlos III de Madrid, Paris, Flammarion, 1999, aux pp. 40-45.

²⁵⁸ *Ibid.* à la p. 40.

²⁵⁹ *Ibid.* à la p. 41.

d'autrui, d'autre part²⁶⁰. Or, l'auteur doute de la suffisance d'un critère unique pour inclure dans le domaine d'application du droit du travail les nouvelles formes du travail pour autrui²⁶¹.

Au Canada, plusieurs juridictions ont étendu dans les années '70 l'application des régimes de représentation et de négociation collective aux entrepreneurs dépendants²⁶². On retrouve aussi des cas où le législateur a prévu la négociation collective des conditions minimales de travail des personnes qui travaillent à leur propre compte comme les artistes²⁶³. Dans un rapport²⁶⁴ préparé pour la Commission du droit du Canada portant sur le concept juridique d'emploi et la question de la marginalisation des travailleurs, les auteurs J. Fudge, E. Tucker et L. Vosko indiquent que pour répondre à la question de savoir « à qui le droit du travail devrait-il s'appliquer », on ne devrait pas avoir à examiner si la personne travaille en vertu d'un contrat de louage de services ou d'un contrat de services. Au lieu de chercher à identifier les caractéristiques qui distinguent le travail salarié du travail indépendant afin d'établir le champ de protection du droit du travail, ils proposent une solution plus inclusive qui serait en ligne avec les objectifs de l'OIT concernant l'agenda du travail décent et qui tiendrait compte des transformations opérées dans le monde du travail, soit que « tous les travailleurs dépendant de la vente de leur capacité de travail soient protégés »²⁶⁵.

Cela étant dit, il ne s'agit pas ici de déterminer quelle solution est la meilleure ou si l'approche factuelle assortie de la définition de salarié proposée par le rapport Bernier doit ou non être

²⁶⁰ *Ibid.* aux pp.41-45.

²⁶¹ *Ibid.* aux pp. 45 et 296.

²⁶² Voir Fudge, Tucker et Vosko, *supra* note 255, aux pp. 72-76.

²⁶³ Dans la sphère provinciale, voir LSA, *supra* note 254. Au fédéral, voir *Loi sur le statut de l'artiste*, L.C. 1992, ch. 33.

²⁶⁴ Fudge, Tucker et Vosko, *supra* note 255.

²⁶⁵ *Ibid.* à la p. 144.

retenue, mais plutôt de voir comment le recours à la réalité peut être utile dans le cadre d'une reformulation des frontières du droit du travail.

Or, au-delà du cadre théorique d'analyse et de la classification qu'on peut faire des inconvénients que l'approche contractuelle peut entraîner, l'étude de la jurisprudence nous aidera à comprendre les effets pratiques que la thèse adoptée peut avoir sur l'accès aux protections du droit du travail, lesquels se font sentir de façon particulière dans le cadre des formes d'emploi atypiques qui voient cet accès fortement limité.

* * *

III. Quelle place faut-il donner à l'approche civiliste dans le contexte du droit du travail au Québec ?

On sait que les règles de droit commun concernant le contrat de travail se retrouvent aux articles 2085 à 2097 C.c.Q., mais en vertu de l'article 1377 C.c.Q., il est également régi par les règles communes à tout contrat, quelle qu'en soit la nature, dont celles relatives à la formation et à la nullité de l'accord des volontés. Est-ce que cela veut dire que le droit du travail, dans la mesure où il renvoie à la notion de contrat de travail pour déterminer l'accès à certains régimes qui confèrent des protections aux travailleurs et aux salariés, est soumis aux règles du droit civil des contrats? Autrement dit, le recours à la figure contractuelle dans certaines lois du travail fait-il dépendre l'application de cette législation de critères civilistes? Si c'est le cas, quelles sont les conséquences de cette situation sur le droit du travail, un droit à caractère éminemment social?

Il est clair qu'une interaction existe entre le droit civil et le droit du travail, mais cela ne veut pas nécessairement dire que les critères du droit civil doivent déterminer l'accès aux mécanismes légaux destinés à protéger les personnes qui travaillent. La législation du travail étant d'ordre public et devant recevoir une interprétation généreuse qui assure l'accomplissement de son objet²⁶⁶, les interprétations axées sur la forme juridique et restrictives des droits des personnes que la loi vise à protéger devraient être écartées. Or, l'étude de la jurisprudence démontre que l'application des critères de droit civil des contrats, sans plus, restreint l'accès aux lois protectrices des travailleurs et affaiblit, par ce fait même,

²⁶⁶ *Loi d'interprétation*, RLRQ, ch. I-16, art. 41.

les possibilités de celles-ci de remplir leur finalité, surtout à l'égard des travailleurs atypiques qui, eux aussi, ont besoin de cette protection.

Dans les lignes qui suivent, nous présenterons d'abord certains éléments importants qui ressortent de la jurisprudence en lien avec l'incidence de l'utilisation des critères du droit des contrats sur l'accès aux bénéfices des lois du travail (III.1). Ensuite, nous nous pencherons sur une proposition fondée sur la réalité factuelle, les particularités du travail en cause et les objectifs des lois d'ordre public comme une piste de solution à la problématique que l'interaction entre le droit civil et le droit du travail soulève (III.2).

III.1 Les effets pratiques d'appliquer les critères du droit des contrats lorsqu'il s'agit d'établir si une personne peut bénéficier des lois du travail : un aperçu de la jurisprudence

Les personnes en situation de travail atypique éprouvent souvent des difficultés d'accès aux protections des lois du travail. C'est notamment le cas des travailleurs étrangers sans papiers. Outre la nature temporaire du travail effectué par un bon nombre des travailleurs étrangers, il ne faut pas oublier qu'ils appartiennent à un groupe vulnérable et que « [l]e travail vulnérable recouvre le fait d'occuper un emploi atypique »²⁶⁷. Comme le souligne la professeure S.

²⁶⁷ Guylaine Vallée, « Développer de nouvelles plateformes pour le droit du travail et la protection des travailleurs : vers une redéfinition des frontières du droit du travail? », CÉDIM, Cycle de séminaires 2004-2005 : *Droit mondialisé et mondialisation du droit*, séminaire III du 21 au 22 avril 2005 à l'Université du Québec à Montréal, Montréal : *L'évolution de la normativité du droit social et du travail dans le contexte de l'intégration économique des Amériques*, en ligne < <http://www.er.uqam.ca/nobel/ieim/IMG/pdf/GVallee-mai05.pdf>> (document consulté le 7 mai 2014), les propos cités figurent à la note 2 du texte de la professeure Vallée.

Bernstein en comparant la situation des travailleurs qui possèdent la citoyenneté canadienne ou le statut de résidents permanents « à celle d'un nombre important de travailleurs étrangers, détenant ou non un permis de travail valide, force est de constater que la présence précaire au pays de ces derniers accentue le caractère inégalitaire du rapport de force établi entre les travailleurs et l'employeur »²⁶⁸. L'accès aux lois du travail est également problématique pour d'autres catégories de travailleurs qui ne répondent pas à la norme de travail salarié traditionnel à temps plein, pour un seul employeur identifiable, dans l'établissement de l'entreprise et pour une période indéterminée.

Nous étudierons donc, dans un premier temps, la situation des travailleurs étrangers sans permis de travail (III.1.1). Ensuite, nous nous pencherons sur le traitement accordé par la jurisprudence aux personnes qui occupent certains emplois atypiques, comme les travailleurs occasionnels et saisonniers, ainsi que les entrepreneurs dépendants (III.1.2). Le but de cette partie du texte étant d'étudier les effets pratiques d'appliquer les critères du droit des contrats lorsqu'il s'agit d'établir si une personne peut avoir accès aux lois du travail, nous analyserons dans les lignes qui suivent certaines décisions des tribunaux administratifs et judiciaires qui sont en lien avec cette question.

III.1.1 Les travailleurs étrangers sans permis de travail

Pour bien comprendre la problématique à l'étude, quelques remarques préliminaires s'imposent.

²⁶⁸ Bernstein, *supra* note 217, à la p. 266.

D'abord, les étrangers qui ne sont pas citoyens ni résidents permanents doivent en principe posséder un permis de travail pour pouvoir travailler au Canada, conformément à ce que prévoit la législation sur l'immigration, qui est d'ordre public²⁶⁹. L'article 2(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*²⁷⁰ (« LIPR ») définit le mot « étranger » comme la « personne autre qu'un citoyen canadien ou un résident permanent; la présente définition vise également les apatrides », et l'article 30(1) LIPR prévoit que « [l]'étranger ne peut exercer un emploi au Canada ou y étudier que sous le régime de la présente loi ». Pour sa part, l'article 196 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*²⁷¹ (« RIPR ») prescrit que « [l]'étranger ne peut travailler au Canada sans y être autorisé par un permis de travail ou par le présent règlement ».

De plus, l'article 124(1) LIPR prévoit que commet une infraction quiconque « a) contrevient à une disposition de la présente loi pour laquelle aucune peine n'est spécifiquement prévue ou aux conditions ou obligations imposées sous son régime » et « c) engage un étranger qui n'est pas autorisé en vertu de la présente loi à occuper cet emploi ». L'article 124(2) LIPR ajoute que « (2) Quiconque engage la personne visée à l'alinéa (1)c) sans avoir pris les mesures voulues pour connaître sa situation est réputé savoir qu'elle n'était pas autorisée à occuper l'emploi ». Enfin, l'article 125 LIPR énonce les sanctions dont est passible l'auteur d'une infraction visée à l'article 124(1) LIPR (amende et/ou emprisonnement).

²⁶⁹ Voir Bernstein, *supra* note 217, à la p. 245.

²⁷⁰ L.C. 2001, ch. 27.

²⁷¹ DORS/2002-227.

Notons qu'avant 2002 la jurisprudence réfère aux normes de la législation sur l'immigration antérieure qui vont essentiellement dans le même sens que les règles actuelles énoncées précédemment, même si le libellé des dispositions diffère.

Par ailleurs, il convient également de rappeler qu'il n'y a pas au Québec de disposition assimilant le travailleur sans papiers au « salarié » ou au « travailleur » au sens des lois du travail de façon à lui permettre de bénéficier des protections de celles-ci, comme c'est le cas en droit français²⁷². Notre droit du travail ne distingue pas non plus le contrat prohibé du contrat illicite afin de reconnaître au travailleur le droit de recevoir les rémunérations ou les indemnités résultant de l'extinction du contrat de travail fondée notamment sur la prohibition légale d'embaucher certaines personnes, comme le fait une certaine législation de l'Amérique latine²⁷³.

Cela dit, l'étude de la jurisprudence permet de constater la présence de deux courants relativement à la question de l'application des lois du travail québécoises aux travailleurs étrangers qui ne sont pas titulaires d'un permis de travail valide en vertu de la législation sur l'immigration. Jusqu'à l'année 2006, on identifie une tendance claire des tribunaux qui fait appel à la théorie des nullités contractuelles pour exclure les travailleurs ou les salariés de l'application des lois du travail dans les cas où leur contrat de travail a été conclu en violation de l'obligation de détenir un permis de travail émis par les autorités d'immigration. Après cette date, diverses décisions de la CLP reconnaissent aux travailleurs étrangers sans permis de travail au moment de subir un accident de travail les droits conférés par la *Latmp*. Pour

²⁷² Voir pp. 36-38 du présent mémoire.

²⁷³ Voir pp. 45-47 du présent mémoire.

l'essentiel, cette jurisprudence tient compte des buts des dispositions d'ordre public en cause, de l'évolution de la théorie des nullités, ainsi que des circonstances particulières du dossier. Cette orientation a néanmoins été écartée par la CRT dans le cadre d'une plainte en vertu de la *Lnt*. Nous y reviendrons.

Dans une étude publiée en 2009²⁷⁴, la professeure S. Bernstein a exposé l'état de la jurisprudence sur la question et fait référence à la situation prévalant au Québec et ailleurs. L'auteur A. Gagnon a aussi abordé le sujet, en 2012, dans un article²⁷⁵ qui traite plus particulièrement de l'accès des travailleurs étrangers à la *Latmp*. Nous examinerons ici une bonne partie de la jurisprudence repérée par ces auteures dans le but d'illustrer à l'aide d'exemples pratiques les effets d'appliquer les critères du droit des contrats pour déterminer l'accès aux lois du travail, tout en complétant le tableau avec d'autres décisions récentes rendues par la CRT et la CLP. D'abord, nous analyserons la jurisprudence ayant retenu la solution fondée sur la théorie de la nullité contractuelle (III.1.1.1). Dans un deuxième temps, nous nous pencherons sur l'approche qui tient compte de l'ordre public du travail (III.1.1.2).

III.1.1.1 La solution fondée sur la théorie des nullités

À plusieurs reprises, les instances tant judiciaires qu'administratives se sont appuyées sur la théorie des nullités des contrats pour exclure des travailleurs sans permis de travail de l'application des lois du travail au Québec. En effet, la nullité du contrat de travail fondée sur

²⁷⁴ Bernstein, *supra* note 217.

²⁷⁵ A. Gagnon, *supra* note 217.

l'absence d'un permis de travail valide délivré par les autorités d'immigration a été invoquée pour nier le droit aux bénéficiaires des lois du travail, qu'elles renvoient ou non à la notion de contrat de travail dans la définition de « salarié » ou de « travailleur » qui détermine leur application.

Dans un jugement non rapporté cité par la professeure S. Bernstein dans son étude²⁷⁶, soit la décision *Commission des normes du travail c. S.M.D.*²⁷⁷ (« S.M.D. »), la Cour rejette l'action introduite par la Commission des normes du travail en recouvrement de salaire et d'une indemnité de congé annuel impayés, car le travailleur, un étranger qui n'avait jamais été titulaire d'un permis de travail, n'était pas un salarié au sens de la *Lnt*. Il est intéressant de noter que dans un extrait du jugement reproduit dans le texte de la professeure Bernstein, la Cour conclut à la nullité absolue du contrat de louage de services²⁷⁸ intervenu entre l'employeur et le travailleur en faisant référence à une décision de 1928 de la Cour supérieure, dans laquelle il est indiqué que le bail d'un piano en vue d'exploiter une maison de prostitution est nul parce que contraire aux bonnes mœurs et que le prix de la location ne peut donc être recouvré. Sans le dire expressément, le juge semble voir une analogie entre le bail d'un piano et le louage de services en cause en l'espèce lorsqu'il conclut à la suite de la citation de l'arrêt de la Cour supérieure que le contrat de louage de services est nul, tout en

²⁷⁶ Bernstein, *supra* note 217, aux p. 247-248.

²⁷⁷ C.P., St-François, no 450-02-002227-81, juge Yvon Roberge, le 28 septembre 1983 (jugement non rapporté) [jugement S.M.D.], tel que cité dans Bernstein, *ibid.*, à la note 28 du texte de la professeure Bernstein.

²⁷⁸ Comme le jugement date de 1983, il est normal que le juge réfère au contrat de louage de services et non au contrat de travail qui l'a substitué dans le *C.c.Q.*

précisant plus bas que « [p]uisque le contrat de louage est contraire à la loi et aux bonnes mœurs, le salarié n'a pas : « droit à un salaire » »²⁷⁹.

Dans l'affaire *Seddiki c. Glatt's Kosher Meat Products Ltd./Les Produits de Viande Cacher Glatt Ltée*²⁸⁰ (« Seddiki »), le commissaire du travail rejette la plainte pour congédiement injustifiée fondée sur l'article 124 de la *Lnt* de monsieur Seddiki. Le plaignant, qui avait été embauché en janvier 1996 par l'employeur, avait subi un accident de travail en mai 2000 alors qu'il ne possédait pas de permis de travail valide, car celui qu'il détenait avait expiré en octobre 1999. Sa demande d'indemnisation ayant été rejetée par la CSST au motif qu'il n'avait pas de permis de travail valide au moment de la survenance de l'accident de travail, le plaignant a tenté de retourner au travail, malgré le fait qu'il n'était pas guéri, puisqu'il ne trouvait pas d'autres moyens de pourvoir à ses besoins. Ainsi, le 10 octobre 2000, il s'est présenté au travail, mais il a été congédié la même journée au motif qu'il avait travaillé sans permis de travail entre le 2 octobre 1999 et le 30 août 2000²⁸¹. Il semblerait que le plaignant était titulaire d'un permis de travail valide depuis le 30 août 2000.

Même si le plaignant avait effectivement travaillé jusqu'au 25 mai 2000, le commissaire est d'avis que monsieur Seddiki ne pouvait pas se prévaloir de la *Lnt*, car il n'avait pas les trois ans de services continu requis à l'époque par ladite loi. Pour le commissaire, l'employeur avait raison de prétendre qu'« il n'y avait pas entre les parties aucun contrat de travail valide » entre le 2 octobre 1999 et le 30 août 2000. Il réfère à « une jurisprudence constante » selon

²⁷⁹ Jugement S.M.D., *supra* note 277, tel que reproduit dans Bernstein, *supra* note 217, à la p. 248.

²⁸⁰ (2001) AZ- 50084991 (Azimut) (C.T. Qc.).

²⁸¹ La décision reproduit le motif du congédiement énoncé dans le relevé d'emploi remis, le lendemain, au plaignant : « *For this period [du octobre 1999 au 30 août 2000], he was working without a working permit* », *ibid.* à la p. 4.

laquelle l'étranger qui n'est ni citoyen canadien, ni possède le statut de résident permanent et qui n'a pas non plus de permis de travail délivré par les autorités d'immigration « ne peut conclure un contrat de travail ou même « *conserver un emploi* » et, par voie de conséquence, « n'a pas droit à un salaire », ce qui a pour effet de l'exclure de la définition de salarié prévue à la loi »²⁸². Parmi les décisions citées par le commissaire, on retrouve celle rendue l'affaire *S.M.D.*, citée précédemment, ainsi que le jugement *Saravia*²⁸³, portant sur une action en dommages-intérêts intentée en vertu du droit commun par un employé à la suite de son congédiement, laquelle fut déclarée irrecevable en raison de la nullité du contrat de travail conclu en violation de la législation sur l'immigration.

Plus récemment, dans l'affaire *Reyes Avila c. Aliments Alasko inc.*²⁸⁴ (« Reyes Avila CRT »), la Commission des relations du travail a rejeté une plainte fondée sur l'article 124 *Lnt* déposée par une salariée qui avait été congédiée parce que son permis de travail était échu. Les faits sont similaires à ceux de l'affaire *Seddiki*. La plaignante avait travaillé entre mai 2009 et février 2011 dans l'entreprise de l'intimée par l'intermédiaire de deux agences de placement et, en février 2011, elle avait été embauchée directement par Aliments Alasko inc. À l'époque, elle était titulaire d'un permis de travail valide du 24 janvier 2011 au 23 janvier 2012. Le 4 juin 2012, la plaignante est victime d'un accident du travail, mais sa réclamation à la CSST est rejetée en raison de l'absence de permis de travail. Quelques jours plus tard, l'employeur met

²⁸² *Ibid.* à la p. 5.

²⁸³ *Saravia c. 101482 Canada Inc.*, [1987] R.J.Q. 2658 (C.P.).

²⁸⁴ 2013 QCCRT 402, (2013) AZ-50996288 (Azimut) (CRT Qc) [Reyes Avila CRT].

fin à l'emploi de la plaignante au motif que son permis de travail est expiré. Un nouveau permis de travail lui sera délivré à compter du 20 septembre 2012.

Le commissaire tient compte de la décision rendue dans l'affaire *Seddiki*, précitée, ainsi que de « la nouvelle grille d'analyse exposée par la CLP dans *Henriquez c. Les Aliments Mello*, AZ-50360716 » (« Henriquez ») que la plaignante lui propose de suivre (l'affaire *Henriquez* sera examinée en profondeur dans la section suivante du présent mémoire). Même s'il précise dans sa décision que la plaignante ne recherche pas la réintégration dans son emploi parce qu'elle est visée par une ordonnance d'expulsion du pays²⁸⁵, le commissaire estime que le nouveau cadre d'analyse exposé par la CLP ne permettrait pas d'accueillir la plainte précisément parce que la réintégration est le redressement généralement demandé et accordé dans le cadre de l'article 124 LNT. Selon lui, la CRT ne peut pas ordonner à un employeur de contrevenir à la législation sur l'immigration. Le commissaire écrit :

« [14] Même en adoptant ce nouveau cadre d'analyse, il ne faut en effet pas perdre de vue qu'en règle générale, la réintégration est « *la réparation demandée* » et accordée pour remédier à un congédiement sans cause juste et suffisante, l'objet de l'article 124 de la Loi étant d'assurer une certaine sécurité d'emploi aux salariés justifiant d'au moins de deux années de service continu.

[15] Or, il tombe sous le sens que la Commission ne saurait ordonner à un employeur de contrevenir aux lois et règlements sur l'immigration en l'obligeant à reprendre à son service une personne qui n'est pas légalement autorisée à travailler au Canada. Et le fait que la plaignante ait obtenu un nouveau permis de travail depuis ne change rien à la donne. En effet, c'est au moment du congédiement qu'il faut se placer pour apprécier la cause mise de l'avant par l'intimée.

²⁸⁵ *Ibid.*, au para. 4.

[16] Dans le contexte du recours exercé par la plaignante, le premier moyen d'irrecevabilité soulevé par l'intimée doit donc être accueilli. En cas contraire, il aurait de toute façon fallu conclure que l'intimée avait une cause juste et suffisante de congédiement [...] »

Cette décision soulève notamment les commentaires suivants. D'abord, même s'il est vrai que la LIPR prévoit que commet une infraction la personne qui « engage » un étranger qui n'est pas autorisé en vertu de cette loi à occuper un emploi, nous ne sommes pas certains que le fait que le permis de travail d'un salarié soit expiré puisse constituer, à lui seul²⁸⁶, une cause juste et suffisante de congédiement, surtout quand ce même salarié possédait un permis de travail valide lors son l'embauche et il avait demandé son renouvellement avant d'être congédié²⁸⁷. L'on pourrait se demander s'il ne serait pas plus raisonnable de permettre à l'employé de ne pas fournir sa prestation de travail (qu'il n'a pas le droit d'exécuter sans permis) durant un délai raisonnable requis pour le renouvellement de son permis, que de le congédier dès qu'on constate que le permis de travail est expiré ? La technique de la suspension²⁸⁸ du contrat de travail sans rupture du lien d'emploi permettrait d'envisager une telle solution. Or, tout est question de circonstances lorsqu'il s'agit d'évaluer le caractère justifié d'un congédiement.

Pour ce qui est du remède, il semble que l'on pourrait considérer que les dispositions prohibitives de la législation sur l'immigration qui exigent au travailleur étranger d'avoir un permis de travail pour pouvoir travailler n'empêcheraient pas le commissaire d'ordonner la réintégration d'un salarié de façon conditionnelle à la délivrance du permis dont le

²⁸⁶ Diverses situations pourraient se présenter. Pensons notamment au cas où le non-renouvellement du permis est dû à des délais administratifs non imputables au salarié, pour ne mentionner qu'un exemple.

²⁸⁷ À la lecture de la décision, il semblerait que madame Reyes Avila avait demandé le renouvellement de son permis de travail avant la date de son congédiement.

²⁸⁸ La Cour suprême nous rappelle dans l'affaire *Cabiakman*, *supra* note 26 aux para. 37-42, que la suspension de l'exécution du contrat de travail est possible, cette pratique étant même reçue législativement du moins en partie.

renouvellement a déjà été demandé²⁸⁹. Il ne faut pas oublier que la CRT peut « rendre toute décision qui lui paraît juste et raisonnable, compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire » en vertu de l'article 128 (3^o) *Lnt*²⁹⁰. Enfin, la CRT a aussi le pouvoir d'accorder une indemnité de fin d'emploi à la place de la réintégration²⁹¹.

Au-delà de ce qui précède, il est intéressant de noter qu'après l'audition de la plainte devant la CRT mais avant que la décision de cette dernière soit rendue, la CLP a infirmé les décisions de la CSST et de la Direction de révision administrative et reconnu à madame Reyes Avila le statut de travailleuse au sens de la *Latmp*²⁹² (« Reyes Avila CLP »). Nous y reviendrons.

L'accès à la procédure de grief a également été refusé en raison de l'absence de permis de travail valide durant la période en litige. Dans *Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 224 (F.T.Q.) c. Prétium inc.*²⁹³, le tribunal d'arbitrage a déclaré les griefs irrecevables au motif que le salarié n'avait pas le droit de travailler au Canada pendant la période visée par les griefs et que, pour cette raison, il était « difficile pour lui de prétendre être un salarié visé par le *Code du travail* »²⁹⁴. Le tribunal d'arbitrage conclut dans ce sens en tenant compte des dispositions en matière d'immigration en vigueur à l'époque, ainsi que de la décision rendue dans l'affaire *Saravia*, précitée. Il est d'avis que

La mise à pied, la grève et le lock-out sont des exemples de suspension du contrat de travail mentionnés par la Cour.

²⁸⁹ Notons que dans l'affaire *Commission scolaire Kativik c. Côté Desbiolles*, 2001 CanLII 17102 (QC CA), la Cour d'appel a reconnu que l'article 128 *Lnt* permet à la CRT d'ordonner la réintégration d'un enseignant de façon conditionnelle à l'émission d'une tolérance ministérielle qui était nécessaire pour l'exercice de l'emploi.

²⁹⁰ Concernant les redressements pouvant être accordés par la CRT en cas de congédiement sans cause juste et suffisante, voir R. P. Gagnon et LKD, *supra* note 196, no 274 aux pp. 245-247.

²⁹¹ Art. 128 LNT.

²⁹² *Reyes Avila et Aliments Alasko inc.*, 2013 QCCLP 3771, (2013) AZ-50981482 (Azimut) (CLP Qc) [Reyes Avila CLP].

²⁹³ (2001) AZ-01141216 (Azimut) (arb. Me Lyse Tousignant, Qc).

²⁹⁴ *Ibid.* à la p. 5.

« [c]’est le fait d’être en droit d’occuper ou de conserver un emploi qui donne ouverture à un recours pour recouvrer un emploi. À partir du moment où ce droit de départ n’existe pas, il est pour le moins difficile d’avoir le droit de le réclamer ». La décision arbitrale ne précise pas si le salarié était titulaire d’un permis de travail lorsqu’il a été embauché, mais elle indique que le salarié a obtenu un permis de travail valide pour une période postérieure à celle visée par les griefs.

Mais c’est dans le cadre de la *Latmp* que l’on retrouve la majorité des décisions relatives à la question qui nous occupe. Pendant plusieurs années, la tendance dominante dans la jurisprudence de la CLP (ainsi que de la Commission d’appel en matière de lésions professionnelles (« CALP ») qui l’a précédée) a été de refuser le statut de travailleur aux personnes ayant été victimes d’un accident du travail alors qu’elles ne détenaient pas un permis de travail valide délivré par les autorités d’immigration²⁹⁵. Ce n’est qu’à partir de l’année 2006 que l’on observe un revirement de cette tendance avec l’affaire *Henriquez*²⁹⁶ et d’autres décisions qui l’ont suivie et qui seront analysées plus bas. Pour illustrer la position dominante avant *Henriquez*, nous exposerons la décision rendue par la CLP dans l’affaire *Castillo et For-net Montréal Inc.*²⁹⁷ (« Castillo »), laquelle met en évidence l’effet restrictif des droits que la solution fondée sur le droit civil des contrats entraîne.

Monsieur Castillo était né au Salvador en 1965 et habitait au Canada depuis 1987. Durant la plupart du temps passé au Canada, il avait été titulaire d’un permis du ministre ou d’un permis

²⁹⁵ Voir Bernstein, *supra* note 217, et A. Gagnon, *supra* note 217.

²⁹⁶ *Henriquez*, *supra* note 217.

²⁹⁷ *Castillo*, *supra* note 217.

de travail. Il a été embauché par l'employeur en juillet 2000 alors qu'il détenait un permis de travail valide. Ayant constaté en janvier 2002 qu'il avait oublié de renouveler son permis de travail, il a immédiatement demandé un nouveau permis, mais il ne l'a reçu que le 27 mars 2002 en raison de problèmes administratifs. Or, le 20 mars 2002 monsieur Castillo subit un accident du travail et réclame les bénéfices de la *Latmp*. Il explique la situation aux autorités d'immigration qui lui délivrent le permis quelques jours plus tard. La CLP devait déterminer si monsieur Castillo répondait à la notion de « travailleur ».

En tenant compte d'une décision²⁹⁸ rendue par la CALP, la CLP indique qu'« un contrat de louage de service, peu importe sa forme, est un élément essentiel à l'établissement d'une relation employeur-travailleur au sens de la Loi ». Pour déterminer la légalité d'un tel contrat, elle se penche sur la législation sur l'immigration. Elle précise que l'article 18 du *Règlement sur l'immigration de 1978*, reproduit dans la décision²⁹⁹, interdit à quiconque qui n'est pas citoyen canadien ni résidant permanent, « de prendre ou de conserver un emploi au Canada sans un permis de travail en cours de validité ». On remarque ici une différence avec le libellé du règlement actuellement en vigueur dont l'article 196 prévoit que « [l]'étranger ne peut travailler au Canada sans y être autorisé par un permis de travail ou par le présent règlement », cette disposition faisant donc référence à l'exercice du travail plutôt qu'à la naissance ou à la subsistance du lien d'emploi.

²⁹⁸ La CLP fait référence à l'affaire *Boulaajoul et Ferme M.S. Nadon Enr.*, [1994] C.A.L.P. 1540, telle que citée dans *Castillo, ibid.*, à la p. 4.

²⁹⁹ L'article 18 du *Règlement sur l'immigration de 1978*, DORS/78/172 du 24/2/78, (1978) 112 Gaz Can. II757, tel que cité à la note 1 de *Castillo, ibid.*, est reproduit au para. 15 de la décision.

Cela dit, il est intéressant de rappeler que dans certaines situations, le lien d'emploi peut subsister en l'absence de l'exécution d'une prestation de travail.

La CLP conclut que le plaignant n'est pas un travailleur au sens de la *Latmp*, en tenant compte de l'absence de permis de travail à la date de l'évènement, du caractère d'ordre public du règlement sur l'immigration qui empêchait monsieur Castillo de « conserver un emploi » à cette date, et de la non-pertinence des circonstances à l'origine du délai de renouvellement du permis qui ne permettaient pas de « passer outre à une loi et un règlement d'ordre public »³⁰⁰.

Il m'apparaît intéressant de reproduire les commentaires de la professeure S. Bernstein concernant les effets de cette décision qui limite l'accès aux bénéficiaires de la *Latmp* aux personnes visées par celle-ci :

« L'effet de cette décision est de nier des droits prévus à la L.A.T.M.P. dans le cas d'un employé qui était déclaré aux autorités fiscales et gouvernementales, où les cotisations à la C.S.S.T. étaient payées, où la situation d'irrégularité relative au permis de travail avait été expliquée aux autorités d'immigration sans qu'il ne subisse de sanction en vertu de la L.I.P.R. et où il avait pu renouveler son permis de travail. Cet employé n'aura alors droit à aucune réparation suite à son accident en vertu de la L.A.T.M.P., même s'il s'avère qu'il a une atteinte permanente à sa santé. L'affaire *Castillo* illustre la tendance jurisprudentielle quasi unanime en matière de lésions professionnelles; d'autres décisions rendues par la C.L.P. (ou la C.A.L.P. avant 1998) vont dans le même sens, en s'appuyant sur l'affaire *Saravia* ou sur des décisions du même tribunal qui y réfèrent. »³⁰¹

³⁰⁰ Castillo, *supra* note 217, aux para. 18-19.

³⁰¹ Bernstein, *supra* note 217, à la p. 252.

III.1.1.2 L'approche qui tient compte de l'ordre public du travail

La décision rendue par la CLP dans l'affaire *Henriquez*³⁰² marque l'apparition d'une nouvelle orientation au sein de cet organisme concernant l'accès aux bénéficiaires de la *Latmp* des travailleurs sans permis de travail valide au moment de subir un accident de travail.

Monsieur Henriquez était arrivé à Montréal en décembre 2001 et avait commencé à travailler comme emballeur chez Les Aliments Mello en octobre 2002. Il avait revendiqué le statut de réfugié, sa demande ayant été jugée recevable et déferée à la section pertinente d'Immigration Canada. Depuis juin 2002, monsieur Henriquez avait une carte d'assurance sociale. Il ressort de la décision de la CLP que monsieur Henriquez ne savait pas qu'il avait besoin d'un permis de travail et qu'il croyait que le numéro d'assurance sociale suffisait pour travailler. De plus, monsieur Henriquez avait avisé l'autorité pertinente qu'il avait obtenu un emploi afin de cesser de recevoir des prestations d'aide à l'emploi et d'assistance-emploi. En avril 2003, il dépose une réclamation à la CSST indiquant qu'il a été victime d'une lésion professionnelle le 27 mars 2003, laquelle sera rejetée puisque monsieur Henriquez n'était pas titulaire d'un permis de travail valide lors de l'événement.

La CLP note que tous les éléments constitutifs d'un contrat de travail étaient présents en l'espèce et qu'« [a]insi, la situation de monsieur Henriquez correspond à la définition de travailleur prévue à la *Latmp* »³⁰³. Elle précise cependant que l'absence du permis de travail exigé par la législation sur l'immigration poserait « un problème au niveau des conditions de

³⁰² Henriquez, *supra* note 217.

³⁰³ *Ibid.* aux para. 35-37.

formation du contrat de travail », et ce, en raison de la jurisprudence de la CALP et de la CLP selon laquelle la nullité absolue du contrat de travail conclu par l'étranger qui n'a pas le permis de travail requis par les dispositions sur l'immigration a comme conséquence qu'il ne peut pas être qualifié de « travailleur » au sens de la *Latmp*.

Toutefois, après avoir analysé ladite jurisprudence administrative, l'arrêt de la Cour d'appel fédérale rendu en matière d'assurance-emploi dans l'affaire *Still*³⁰⁴, d'autres décisions adoptant des critères divers, ainsi que la doctrine civiliste qui fait état d'une évolution relativement aux nullités applicables aux contrats passés en contravention d'une loi prohibitive, la CLP décide d'adopter une « approche plus souple » que celle retenue jusqu'à maintenant dans des cas similaires à celui de l'espèce. La CLP s'inspire de la grille d'analyse appliquée dans l'affaire *Still*. Au terme d'un examen fondé sur les objectifs de la LIPR et de la *Latmp*, sur la bonne foi de monsieur Henriquez, ainsi que sur le caractère disproportionné de

³⁰⁴ *Still c. M.R.N.*, [1998] 1 CF 549, 1997 CanLII 6379 (CAF). Mme Still était une citoyenne américaine qui résidait légalement au Canada mais qui avait travaillé sans avoir préalablement obtenu un permis de travail aux termes de la législation sur l'immigration. Pour cette dernière raison, elle s'est vue refuser des prestations d'assurance-chômage qu'elle avait demandées à la suite de sa mise à pied. La Cour canadienne de l'impôt avait conclu à la nullité de son contrat de travail puisqu'illégal et, par conséquent, avait considéré que l'emploi exercé par madame Still était exclu de la définition d'emploi assurable. En faisant application de l'approche moderne de la théorie de l'illégalité en common law, qui est plus souple, le juge Roberston, au nom de la Cour d'appel fédérale conclut que madame Still a exercé un emploi assurable au sens de la législation en matière d'assurance-chômage. Au terme de son analyse, le juge écrit, notamment, ce qui suit :

« Compte tenu des objectifs de la *Loi sur l'assurance-chômage*, du fait que la requérante est une immigrante légale et du fait qu'elle a agi de bonne foi, je ne suis pas disposé à conclure qu'elle n'a pas le droit d'obtenir des prestations d'assurance-chômage en raison d'une illégalité. Je reconnais que l'objet de l'interdiction est impérieux, mais, dans les circonstances de l'espèce, la peine infligée est disproportionnée à l'infraction. Permettre à la requérante de réclamer des prestations d'assurance-chômage n'inciterait pas des personnes à venir au Canada et à y travailler illégalement. En fait, ce ne serait ni plus ni moins qu'une absurdité qu'un juge conclue qu'un immigrant illégal au Canada a agi de bonne foi. Le versement de cotisations d'assurance-chômage ne garantirait pas en soi le droit à des prestations. Personne ne se voit donner la licence d'abuser des services sociaux du Canada. En définitive, l'intérêt public penche en faveur des immigrants légaux qui ont agi de bonne foi. Comme l'a dit le juge McLachlin dans l'arrêt *Hall c. Hebert*, précité, il ne s'agit pas d'une affaire dans laquelle il faut refuser d'accorder une réparation pour "préservé l'intégrité du système juridique". En conclusion, il est dans l'intérêt public, et non l'inverse, d'accorder des

la sanction imposée à ce dernier qui se voit privé de la protection de la *Latmp*, elle conclut que « le contrat de travail ne doit pas être frappé de nullité »³⁰⁵. Pour la CLP, pénaliser monsieur Henriquez en le privant des avantages de la loi alors que son employeur l'a induit en erreur, serait contraire à l'intérêt public.

La CLP fait également référence à certaines décisions rendues par la Cour canadienne de l'impôt et la Commission des relations du travail de l'Ontario selon lesquelles la violation des dispositions exigeant un permis de travail n'aurait pas d'influence sur la validité du contrat de travail³⁰⁶. En plus, elle précise que même si la CLP avait conclu à la nullité absolue du contrat de travail de monsieur Henriquez (ce qu'elle n'a pas fait), il aurait fallu considérer « le fait qu'en vertu du *Code civil du Québec*, le contrat conclu en contravention à une loi prohibitive ou d'ordre public produit des effets jusqu'à ce qu'il « soit frappé de nullité » »³⁰⁷. Comme à la date de la lésion alléguée aucun tribunal judiciaire n'avait prononcé la nullité du contrat de travail en question, la CLP est d'avis qu'elle « se doit de constater que le contrat a produit des effets, de telle sorte que monsieur Henriquez doit être considéré un travailleur au sens de l'article 2 de la *Latmp* »³⁰⁸.

prestations d'assurance-chômage à la requérante. » (extrait ouvrant à la p. 19 de la version du jugement disponible en ligne sur CanLII)

³⁰⁵ Henriquez, *supra* note 217, au para. 148.

³⁰⁶ *Ibid.* aux para. 149-151. La CLP réfère aux affaires *Neivex Masonry Inc.*, [2000] O.L.R.D. no 1923 (Q.L.), et *Sivasubramaniam c. M.R.N.*, [1995] A.C.I. no 1549 (Q.L.), telles que citées dans *Henriquez, ibid.*, aux para. 150 et 151 et aux notes de bas de page 58 et 59.

³⁰⁷ Henriquez, *ibid.*, au para. 152. La CLP réfère à la doctrine et à la jurisprudence indiquant que depuis l'avènement du *C.c.Q.*, la nullité absolue et la nullité relative sont des annulabilités qui doivent être prononcées par le juge, l'inefficacité du contrat provenant du jugement qui le déclare nul (la décision contient, aux para. 153-154, les références suivantes : l'affaire *Électrique Glaswerk inc. c. Axa Boréal assurance inc.*, C.A. Montréal, 500-09-015290-059, jj. Chamberland, Doyon, Bich, REJB 2005-96389, ainsi que l'ouvrage de Jean Pineau et Serge Gaudet, *Théorie des obligations*, 4 éd., Montréal, Éditions Thémis, 2001).

³⁰⁸ Henriquez, *ibid.*, au para. 155.

Le critère adopté dans *Henriquez* a été suivi par la CLP dans d'autres décisions subséquentes. Ainsi, dans l'affaire *Rodas Garcia et Services d'entretien Advance inc.*³⁰⁹ (« Garcia »), la CLP a accueilli la demande de révision d'une décision antérieure de ce même tribunal administratif et déclaré que monsieur Garcia était un « travailleur » au sens de la *Latmp*. La CLP siégeant en révision a longuement référé à la décision rendue dans l'affaire *Henriquez*. Elle a indiqué que le premier juge administratif s'est basé sur la jurisprudence développée sous le *Code civil du Bas Canada*, au lieu de tenir compte de celle visant les dispositions en matière de nullités du *C.c.Q.* Elle a aussi précisé que le premier juge administratif a erronément assimilé les notions de négligence et de mauvaise foi. De plus, la CLP a estimé que le contrat de travail avait produit ses effets de manière que monsieur Garcia devait être considéré comme un travailleur au sens de la loi. Relativement à la bonne foi de monsieur Garcia, la CLP a mentionné qu'il était titulaire d'un permis de travail au moment de son embauche, qu'il payait ses impôts, qu'une confusion était à l'origine de l'absence de permis de travail valide au moment de l'événement et que le délai mis à payer les frais nécessaires pour le renouvellement du permis travail était dû au fait que monsieur Garcia ne lisait pas le français et avait besoin de l'aide de son oncle relativement à ses papiers. La CLP a donc conclu qu'« il y a peut-être eu négligence, certes, mais pas mauvaise foi »³¹⁰.

Les décisions rendues dans les affaires *Flores Cornejo et Viandes et aliments Or-Fil*³¹¹ [Cornejo] et *Augustin et CA Résidence Rive-Soleil inc.*³¹² s'inscrivent dans la même tendance.

Dans les deux cas, la CLP réfère aux décisions *Henriquez* et *Garcia*, fait allusion à la bonne

³⁰⁹ *Garcia*, supra note 217.

³¹⁰ *Ibid.* au para. 46.

³¹¹ *Cornejo*, supra note 217.

³¹² *Augustin et CA Résidence Rive-Soleil inc.*, 2011 QCCLP 5413 (CanLII) [Augustin].

foi des travailleurs et tient compte de l'objet de la loi. Concernant ce dernier point, la CLP ajoute aux considérations exprimées dans *Henriquez* relativement à la nature réparatrice de la *Latmp* qui vise l'indemnisation des conséquences d'une lésion professionnelle et la réintégration des travailleurs dans le marché du travail, ce qui suit :

« L'objet de la Loi est d'offrir une justice rapide, efficace et peu coûteuse aux travailleurs qui s'estiment victime [*sic*] d'une lésion professionnelle. Si la Commission des lésions professionnelles avait jugé que monsieur Flores Cornejo n'était pas un travailleur au sens de la Loi, il aurait dû s'adresser aux Cours de justice traditionnelles pour rechercher une indemnisation comparable à celle qu'il souhaite obtenir de la CSST. Compte tenu de la conclusion à laquelle arrive le soussigné, ceci ne sera plus possible en raison de l'application de l'article 438 de la Loi. »³¹³

Plus récemment, la CLP s'est penchée sur la situation de madame Reyes Avila³¹⁴ à laquelle la CRT a refusé de reconnaître le statut de « salarié » au sens de la *Lnt* dans la décision *Reyes Avila CRT*³¹⁵, étudiée plus haut. Dans *Reyes Avila CLP*, la CLP suit l'orientation proposée dans l'affaire *Henriquez* et celles qui l'ont suivie. Considérant que madame Reyes Avila était de bonne foi et que le contrat, qui n'avait pas été déclaré nul par une cour de justice, avait pris effet, la CLP lui reconnaît dans sa décision le statut de travailleuse au sens de la *Latmp*.

Le commissaire de la CLP prend le soin de distinguer le cas de madame Reyes Avila de l'affaire *Salomon-Herrada*³¹⁶, dans laquelle il avait déclaré irrecevable la réclamation au sens de la *Latmp* d'une personne qui avait été déportée à la suite du refus de sa demande d'asile et

³¹³ *Cornejo*, *supra* note 217, au para. 23, et *Augustin*, *ibid.* au para. 37 (où la CLP reproduit l'extrait de la décision *Cornejo*).

³¹⁴ *Reyes Avila CLP*, *supra* note 292.

³¹⁵ *Reyes Avila CRT*, *supra* note 284.

³¹⁶ *Salomon-Herrada et Uniformes Premier choix*, 2008 QCCLP 4474 (CanLII).

qui n'avait aucun statut légal au Canada au moment de sa réclamation à la CSST. Le commissaire met l'accent sur les éléments d'analyse suivants : « 1. la bonne foi, l'honnêteté et la crédibilité de la requérante; 2. l'état de son statut au Canada et au Québec à titre d'immigrant ou de demandeur d'asile; 3. l'appréciation des éléments de son comportement pouvant indiquer son désir et intention d'être « en règle »; 4. sa capacité linguistique de comprendre les procédures administratives; et 5. l'existence ou non d'un contrat de travail valide, cette dernière considération est la plus importante à l'égard des exigences légales de notre loi »³¹⁷.

En mars 2014, la CLP³¹⁸ a eu l'occasion d'appliquer de nouveau le critère de la décision *Henriquez* au cas d'un travailleur provenant du Sri Lanka demeurant au Canada depuis 2001. Monsieur Sivapathan avait demandé et obtenu le statut de réfugié et ne parlait ni le français ni l'anglais. Pendant une longue période de temps il avait détenu des permis de travail. En 2011, sa demande de statut de résident permanent avait fait l'objet d'une approbation préliminaire. En mai 2013, alors qu'il travaillait pour l'employeur Madisons New York Bar & Grill sans avoir un permis de travail valide, monsieur Sivapathan est victime d'un accident de travail. La CLP conclut que monsieur Sivapathan est un travailleur au sens de la *Latmp*. Elle tient notamment compte du fait que le travailleur pouvait raisonnablement croire que son statut de résident permanent avait été approuvé (ce qui n'était pas le cas), que son employeur n'a pas exigé la production d'un permis de travail valide et que la preuve ne permettait pas de conclure à la mauvaise foi du travailleur. La CLP réfère à l'affaire *Henriquez*.

³¹⁷ Reyes Avila CLP, *supra* note 292, au para. 31.

³¹⁸ *Sivapathant et Madisons New York Bar & Grill*, 2014 QCCLP 1477 (CanLII).

Outre la question de l'évolution de la théorie de la nullité en droit civil, la jurisprudence exposée précédemment permet de voir comment une approche fondée sur la réalité du rapport d'emploi et la finalité des règles d'ordre public peut jouer un rôle important dans l'accès aux protections des lois du travail. Puisque la définition de la notion de « travailleur » contenue dans la *Latmp* rattache ce statut à l'existence d'un contrat de travail, nous sommes d'avis que la théorie de la « relation du travail » qui repose sur le critère factuel de l'exécution du travail pour définir le rapport d'emploi pourrait difficilement être invoquée pour conclure à l'application de cette loi. Cependant, les décisions de la CLP qu'on vient d'étudier démontrent que sont des facteurs déterminants pour établir si une personne répond ou non à la notion de « travailleur » le fait qu'elle remplit les conditions pour être considérée comme un « travailleur » puisque les éléments du contrat de travail sont présents, qu'elle est de bonne foi et que la nullité du contrat de travail ne servirait pas à satisfaire les objectifs des règles d'ordre public en cause. Il résulte du courant jurisprudentiel initié par l'affaire *Henriquez* que les effets juridiques de l'absence d'un permis de travail sur l'application des lois du travail québécoises doivent être appréciés en tenant compte non seulement des buts et objectifs de la législation sur l'immigration interdisant de travailler sans permis, mais aussi des lois du travail dont l'application serait exclue en raison de ce manquement, ainsi que des faits particuliers de chaque espèce. Or, il ne faut pas oublier que dans l'ensemble des cas étudiés ci-avant le contrat de travail en question n'avait pas antérieurement été déclaré nul par une Cour de justice.

Il est à noter que même si la CLP n'est pas un tribunal judiciaire ayant le pouvoir de déclarer la nullité d'un contrat opposable à tous, elle possède tous les pouvoirs nécessaires à l'exercice

de ses fonctions³¹⁹. Ainsi, elle peut, dans l'exercice de sa compétence, ne pas donner effet à un contrat si elle considère qu'il est illégal et contraire à l'intérêt public de le faire. Bien entendu, cette décision ne liera pas d'autres décideurs qui se prononceront postérieurement, par exemple, sur l'application d'autres régimes ou dans le cadre d'un litige civil. Il semble donc que dans la mesure où il n'y a pas de déclaration formelle de nullité du contrat prononcée par un tribunal judiciaire liant le tribunal administratif, la difficulté reste entière pour ce dernier qui devra trancher la question de l'accès aux avantages de la loi du travail en cause devant lui, en tenant compte des faits de l'espèce.

Dans une étude publiée en 1985³²⁰, le professeur P.-G. Jobin se questionnait sur les répercussions en droit civil des dispositions prohibitives du droit pénal ou administratif. Tout en reconnaissant que « le droit civil ne peut pas ignorer purement et simplement les autres branches du droit »³²¹, cet auteur était d'avis que la violation d'une règle d'ordre public pénale ou administrative n'entraîne pas toujours la nullité absolue du contrat qui y contrevient. Pour P.-G. Jobin, il faut distinguer la situation où la règle pénale ou

³¹⁹ L'article 377 *Latmp* prévoit que la CLP « a le pouvoir de décider de toute question de droit ou de fait nécessaire à l'exercice de sa compétence ».

Il est à noter que le raisonnement juridique permettant de conclure que les tribunaux administratifs peuvent refuser d'appliquer une disposition qui contrevient la Charte (voir *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, [2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 5; *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, [2003] 2 R.C.S. 585, 2003 CSC 55; *Okwuobi c. Commission scolaire Lester-B.-Pearson*, [2005] 1 R.C.S. 257, 2005 CSC 16) permettrait d'appuyer l'affirmation selon laquelle ils ont le pouvoir de refuser de tenir compte d'un contrat conclu en contravention d'une loi d'ordre public dans le cadre de l'exercice de leur compétence. Dans ce sens voir : *M.N. c. Tribunal administratif du Québec*, 2009 QCCS 372 (CanLII), en particulier aux para. 34 et ss.

Rappelons que l'article 118(4) *C.t.* prévoit aussi que la CRT peut « décider de toute question de droit ou de fait nécessaire à l'exercice de sa compétence » et que l'article 100.12a) *C.t.* indique que l'arbitre de grief peut, dans l'exercice de ses fonctions, « interpréter et appliquer une loi ou un règlement dans la mesure où il est nécessaire de le faire pour décider d'un grief ».

³²⁰ Pierre-Gabriel Jobin, « Les effets du droit pénal ou administratif sur le contrat : où s'arrêtera l'ordre public? », (1985) 45 *R. du B.* 655.

³²¹ *Ibid.* à la p. 663.

administrative interdit directement le contrat ou le commerce du bien visé par le contrat, de celle où le contrat ou le commerce du bien ne sont visés qu'indirectement; dans le premier cas, la nullité absolue du contrat devra être prononcée, mais non dans la seconde situation³²². Suivant cette optique, il faut regarder ce que législateur a cherché à prohiber dans la disposition impérative en question. En commentant cette position doctrinale, la professeure M. Cumyn précise que dans les cas où la loi ne sanctionne pas clairement le contrat qui contrevient à l'ordre public avec la nullité absolue, « l'application du critère de l'interdiction directe ou indirecte d'une activité contractuelle nous semble malheureusement conduire à des solutions trop aléatoires »³²³. Dans l'esprit de cette orientation de la doctrine, l'on pourrait se demander si la législation sur l'immigration interdit ou non directement le contrat ou le travail des étrangers et si la réponse à une telle question donne une solution complète au problème qui nous occupe?

La réponse à la première partie de la question ne paraît pas claire. Nous avons vu que la législation sur l'immigration actuellement en vigueur prévoit que l'étranger ne peut pas travailler sans détenir un permis de travail. Dans ce contexte, il serait possible de considérer que le législateur n'interdit pas aux étrangers de conclure un contrat de travail, mais qu'il les soumet à certaines conditions, comme celle d'obtenir préalablement un permis de travail. Ainsi, le contrat de travail visant l'accomplissement de tâches légitimes en soi ne serait pas invalide parce conclu par un étranger, mais le défaut de permis serait sanctionné conformément à ce que prévoit la législation sur l'immigration. Par contre, l'objet d'une

³²² *Ibid.*, en particulier aux pp. 667-668, 675-676 et 698.

³²³ Michelle Cumyn, « Les sanctions des lois d'ordre public touchant à la justice contractuelle : leurs finalités, leur efficacité », (2007) 41 *R.J.T.* 1, aux pp. 38-39, en ligne :

obligation essentielle du contrat de travail, soit l'exécution de la prestation de travail, étant prohibé en l'absence d'un tel permis, il serait difficile de considérer que le contrat de travail des étrangers n'est pas directement visé par les dispositions en matière d'immigration. Quoiqu'il en soit, nous estimons qu'une telle analyse ne serait que partielle et ne permettrait pas de répondre adéquatement à la deuxième partie de la question qui concerne l'accès des travailleurs étrangers aux lois du travail.

En effet, il ne suffit pas de se questionner relativement aux répercussions en droit civil des dispositions prohibitives en matière d'immigration, il faut en plus regarder l'effet indirect que le premier peut avoir sur les lois du travail, lesquelles sont aussi établies dans l'intérêt public et non seulement des travailleurs³²⁴. Lorsqu'on conclut à la nullité du contrat de travail fondée sur la violation des dispositions relatives à l'immigration dans un contexte où on examine le droit d'une personne de bénéficier, par exemple, de la *Latmp*, on nie, par ce fait même, l'accès aux protections de cette dernière. Il faut donc nécessairement tenir compte dans l'analyse des buts et objectifs poursuivis par le législateur en instituant la *Latmp*, comme l'a fait la CLP dans *Henriquez* et le suggère la professeure Bernstein dans son étude intitulée « Au carrefour des ordres publics : l'application des lois du travail aux travailleuses et travailleurs ne détenant pas de permis de travail valide en vertu de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés »³²⁵, citée ci-avant dans le présent mémoire. Dans le cadre de cette analyse, l'élément factuel prend toute son importance et la prise en compte de la situation particulière du travailleur qui en toute bonne foi a exercé une prestation de travail devient pertinente.

<<http://www.editionsthemis.com/uploaded/revue/article/rjtv041num1/cumyn.pdf>> (document consulté le 15 mai 2014).

³²⁴ Voir Bernstein, *supra* note 217, aux pp. 268-269.

³²⁵ Bernstein, *supra* note 217.

Rappelons que dans *Henriquez*, la CLP a tenu compte de l'évolution de la théorie de la nullité en droit civil, des objectifs des ordres publics de l'immigration et du travail et des conséquences de ne pas donner effet au contrat de travail de monsieur Henriquez. Notons également que l'élément factuel a certainement joué un rôle dans la décision de la CLP, celle-ci ayant considéré que les critères permettant de conclure à l'existence d'un contrat de travail étaient remplis et que monsieur Henriquez avait en tout moment été de bonne foi. Voici quelques extraits de la décision qui servent à illustrer la façon dont les divers aspects mentionnés précédemment ont été pris en considération :

« [141] La Commission des lésions professionnelles est particulièrement sensible au propos du juge Robertson dans l'arrêt *Still* concernant les conséquences pour un immigrant admis légalement au Canada, cherchant en toute bonne foi à se conformer aux lois du pays où il espère être accueilli, de voir déclarer sans effets le contrat de travail en vertu duquel il se croyait lié à un employeur pour lequel il a exercé une prestation en échange d'une rémunération.

[142] Ces conséquences sont très étendues si l'on considère que dans ce pays d'accueil, une multitude de lois visant à protéger les travailleurs requièrent pour leur application un contrat de louage de services entre l'employeur et la personne à son emploi. Ces conséquences deviennent source d'injustice, comme il ressort des propos du juge Robertson, lorsqu'elles découlent d'une théorie stricte des nullités de moins en moins appliquée par les tribunaux de droit commun, en common law et également en droit civil.

[143] La Commission des lésions professionnelles y voit là une manifestation flagrante de la disproportion entre la sanction prévue à la LIPR et les conséquences d'un refus des tribunaux administratifs chargés d'appliquer et d'interpréter des lois à caractère réparateur de reconnaître les effets d'un contrat passé entre un employeur et une personne occupant de bonne foi un emploi au service de cet employeur.

[144] Il faut souligner que la Commission des lésions professionnelles rend ici une décision relative à une réclamation pour lésion professionnelle présentée en vertu de la LATMP, loi réparatrice à caractère éminemment social qui doit être interprétée de manière libérale. Or, les conséquences de la nullité de son contrat de travail

pour une personne dans la situation de monsieur Henriquez, aurait pour effet de l'écartier de l'application de bon nombre de lois d'ordre social et du travail, négligeant ainsi le contexte de droit administratif et social dans lequel s'insère cette décision. Il ne s'agit pas ici d'une affaire dans le cadre d'une action en nullité en droit civil.

[145] La Commission des lésions professionnelles estime qu'une injustice serait faite à monsieur Henriquez s'il fallait tenir pour illégal ou inexistant le contrat qu'il a passé en toute bonne foi avec Les Aliments Mello, d'autant plus qu'il a été induit en erreur par cet employeur. En effet, ce dernier avait la responsabilité, en vertu de la LIPR, de prendre toutes les mesures requises pour s'informer de la situation de la personne qu'il embauchait, et était d'ailleurs passible d'être accusé d'avoir contrevenu aux dispositions de l'article 124 (1) c) de la LIPR si la situation de cette personne ne l'autorisait pas à occuper un emploi aux termes de la LIPR.

[146] Pour reprendre le critère du juge Robertson dans l'affaire *Still*, pénaliser monsieur Henriquez en le privant des bénéfices de la LATMP, en pareilles circonstances, ne peut en aucun cas être considéré favorable à l'intérêt public. »³²⁶

Un autre exemple qui montre le rôle que l'élément factuel peut jouer dans la reconnaissance du statut de travailleur au sens de la *Latmp* est l'affaire *Cornejo*, dans laquelle la CLP a suivi l'approche initiée dans *Henriquez*. Après avoir fait référence à divers extraits des décisions *Garcia* et *Henriquez* portant sur la théorie des nullités et les objectifs de la législation sur l'immigration et de la *Latmp*, la CLP conclut que le plaignant, qui était de bonne foi et dans les faits avait travaillé contre rémunération au bénéfice de l'employeur, répond à la définition de travailleur :

« [22] Dans la présente affaire, monsieur Flores Cornejo a toujours été de bonne foi et aucune Cour supérieure n'a déclaré le contrat de travail nul. L'ensemble des éléments propre à la reconnaissance du statut de travailleur sont réunis. Il existe un contrat de travail, une prestation de travail, un lien de subordination et une rémunération. La Commission

³²⁶ *Henriquez*, *supra* note 217, aux para. 141-146.

des lésions professionnelles en vient donc à la conclusion que monsieur Alvaro Fabian Flores Cornejo, était un travailleur au sens de la loi et que cette dernière s'applique à sa réclamation pour lésion professionnelle. »³²⁷

Il est important de noter qu'une telle approche n'entraîne pas de conflit entre la loi fédérale et la loi provinciale, ni d'entrave à l'objectif de la législation sur l'immigration dont les dispositions demeurent applicables. Cela paraît clair si l'on considère qu'il s'agit uniquement de reconnaître l'accès à un régime provincial de protection des travailleurs victimes des accidents du travail à certaines personnes qui dans les faits se retrouvent dans la situation visée par le législateur.

À ce stade, il faut souligner qu'une certaine jurisprudence récente de la Cour d'appel met en évidence l'utilité de l'approche factuelle en droit du travail pour déterminer l'accès ou non aux mécanismes de ce dernier dans un contexte de violation d'une condition de forme requise pour la validité du contrat de travail³²⁸. Malgré les différences entre les deux situations, il nous semble possible d'identifier un fil conducteur commun dans le raisonnement applicable, soit la nécessité de tenir compte de l'objet des dispositions d'ordre public en cause à la lumière de la réalité visée par le droit du travail. Nous y reviendrons.

³²⁷ *Cornejo*, *supra* note 217, au para. 22.

³²⁸ *Commission scolaire crie c. Association des employés du Nord québécois (CSQ)*, 2012 QCCA 429 (CanLII) [Commission scolaire crie]. Cette décision sera analysée à la section III.1.2 du présent mémoire.

III.1.2 Les travailleurs atypiques

Les travailleurs qui occupent des emplois atypiques éprouvent diverses sortes de difficultés lorsqu'il s'agit d'avoir accès aux bénéfices de la législation du travail. Ces problèmes sont souvent liés à la question de savoir si la personne qui réclame les avantages de la loi répond ou non à la définition de « travailleur » ou de « salarié » qui détermine leur application. Dans ce contexte, l'adoption d'une approche fondée sur le contrat ou d'une approche axée sur la réalité du travail pourra faire une différence quant à la solution à retenir.

Dans les lignes qui suivent, nous présenterons trois types de situations qui posent problème, soit celles des travailleurs occasionnels, saisonniers et autonomes, à partir de l'analyse de certaines décisions rendues par des tribunaux supérieurs et par la CRT, lesquelles soulèvent la question de la qualification de salarié ou de travailleur, ainsi que du recours au contrat de travail au sens du *C.c.Q.* pour définir le rapport visé par les lois du travail. Nous ne prétendons pas faire ici une étude exhaustive de la jurisprudence, mais tout simplement montrer, à partir de quelques exemples concrets, les conséquences qu'une approche basée exclusivement sur le droit civil des contrats peut avoir sur l'accès aux lois du travail et la nécessité d'incorporer d'autres éléments dans l'analyse.

Nous étudierons les arrêts de la Cour d'appel *Commission scolaire crie c. Association des employés du Nord québécois (CSQ)*³²⁹ (« Commission scolaire crie »), portant sur le droit d'un enseignant faisant du remplacement pour des périodes déterminées de saisir un arbitre de grief et de bénéficier des conditions de travail prévues à la convention collective applicable aux

³²⁹ *Ibid.*

enseignants, et *Fruits de mer Gascons Ltée c. Commission des normes du travail* (« Fruit de mer Gascons »)³³⁰, concernant l'accès aux bénéfices de la *Lnt* des travailleurs saisonniers. Nous analyserons également l'arrêt *Dionne c. Commission scolaire des Patriotes*³³¹ (« CSP ») dans lequel la Cour suprême se penche sur le droit au retrait préventif en vertu de la *Lsst* d'une enseignante suppléante occasionnelle. Nous examinerons aussi la décision de la CRT dans *Paquin c. Services financiers Groupe Investors inc.*³³² (« Paquin »), maintenue par la Cour supérieure et par la Cour d'appel, dans laquelle la question était de savoir si le plaignant était un salarié au sens de la *Lnt* ou un travailleur autonome ayant conclu un contrat de services.

L'arrêt *Commission scolaire crie*

En l'espèce, la Cour d'appel devait décider si l'arbitre pouvait se saisir des griefs relatifs à un enseignant remplaçant, monsieur Vien, en l'absence d'une résolution portant sur son engagement adoptée par l'employeur conformément à ce que prévoit l'article 202 de la *Loi sur l'instruction publique pour les autochtones cris, inuit et naskapis*³³³ (« LIPAC »).

L'engagement d'un enseignant est prévu aux articles 200 et 201 de la LIPAC, généralement pour une année scolaire³³⁴. Il s'agit d'un contrat dans lequel la commission scolaire est

³³⁰ 2004 CanLII 27779 (QC CA) [Fruits de mer Gascons].

³³¹ CSP CSC, *supra* note 216.

³³² Paquin CRT, *supra* note 212.

³³³ RLRQ, c. I-14 (nous utilisons ici le nouveau mode de citation des lois québécoises).

³³⁴ Les articles 200 et 201 LIPAC, *ibid.*, se lisent ainsi :

« 200. L'engagement de tout enseignant doit être fait pour une année scolaire, sauf pour terminer une année déjà commencée ou pour plus d'une année scolaire dans des cas spéciaux laissés à l'approbation du ministre. »

représentée par son président. Comme prérequis pour l'engagement d'un enseignant, l'article 202 LIPAC impose la forme écrite et l'adoption d'une résolution par la commission scolaire :

« 202. L'engagement est fait par écrit, en vertu d'une résolution adoptée par la commission scolaire.

L'acte d'engagement peut être rédigé suivant la formule 17.

À l'acte d'engagement, la commission scolaire est représentée par son président ou, en son absence, par le secrétaire-trésorier. »³³⁵

Il est intéressant de noter qu'avant l'affaire qui nous occupe, deux jugements de la Cour d'appel avaient décidé que cette disposition est d'ordre public, que son respect est nécessaire pour la validité du contrat d'engagement d'un enseignant et qu'en l'absence d'un contrat valide la convention collective ne pouvait pas s'appliquer à l'enseignant qui n'avait donc pas le droit de recourir à la procédure de griefs. Malgré les distinctions qu'on pourrait faire relativement aux faits de chaque espèce, le cadre juridique applicable est substantiellement le même dans les trois affaires.

En 1999, dans *Syndicat des professionnelles et professionnels en milieu scolaire du Nord-Ouest c. Commission scolaire crie*³³⁶, un banc de trois juges de la Cour d'appel avait approuvé le raisonnement du juge de première instance qui avait conclu qu'un écrit et une résolution étaient requis pour la formation même du contrat d'engagement, tout en faisant référence aux règles du *C.c.Q.* concernant la nullité des contrats. Pour le juge Chamberland, qui a écrit le

« 201. L'engagement de toute personne autre qu'un enseignant, qui occupe une fonction pédagogique ou éducative, doit être fait pour au moins un an, sauf pour terminer une année scolaire déjà commencée. »

³³⁵ Article 202 LIPAC, *ibid.*

³³⁶ CSC 1999, *supra* note 206.

jugement de la Cour d'appel, l'engagement de l'enseignant « exigeait donc, pour être valide, un acte d'engagement écrit et une résolution du Comité exécutif. Il s'agit là de dispositions impératives et d'ordre public, et non de simples formalités; le respect de ces exigences est une condition *sine qua non* à la validité de l'engagement [...] »³³⁷.

Trois ans plus tard, dans *Association de l'enseignement du Nouveau-Québec (C.E.Q.) c. Commission scolaire Kativik*³³⁸, la majorité de la Cour d'appel avait suivi le même critère, mais le juge Fish avait rédigé des motifs dissidents. Le juge Letarte, écrivant pour la majorité, était d'avis « qu'en l'absence « d'une résolution adoptée par la Commission scolaire » tel qu'exigé par l'article 202 de la Loi, il n'y a point eu d'engagement, que le mis en cause Epoo n'est pas un salarié pouvant recourir à la procédure de grief et par conséquent, l'arbitre [est] sans compétence »³³⁹. Après avoir souligné que « la compétence de l'arbitre et par conséquent le droit à la procédure de grief passe d'abord par l'existence d'un lien d'emploi entre Epoo et la Commission scolaire » et référé aux propos du juge Chamberland concernant le caractère impératif et d'ordre public de l'article 202 de la LIPAC, le juge Letarte avait conclu que l'enseignant en cause n'avait pas le statut de salarié. Pour sa part, le juge Fish, qui à la différence de ses collègues avait examiné la décision arbitrale à la lumière de la norme de la raisonnable et non de celle de la décision correcte, aurait infirmé le jugement de la Cour supérieure et rétabli la sentence arbitrale ayant conclu, à partir des faits du dossier, à l'existence d'un lien d'emploi visé par la convention collective³⁴⁰.

³³⁷ *Ibid.* à la p. 22.

³³⁸ CSK 2002, *supra* note 206.

³³⁹ *Ibid.* au para. 7.

³⁴⁰ *Ibid.*, en particulier au para. 56.

En 2012, la Cour d'appel s'est de nouveau penchée sur la portée de l'exigence contenue à l'article 202 LIPAC dans l'arrêt *Commission scolaire crie*. Vu l'évolution de la jurisprudence de la Cour suprême en matière de norme de contrôle, la Cour d'appel a appliqué, comme le juge Fish en 2002, la norme de la raisonnable à la décision de l'arbitre qui s'était déclaré compétent pour décider des griefs concernant monsieur Vien. La différence dans la norme de contrôle applicable a ouvert la porte à un changement d'approche de la Cour d'appel qui est passée d'une solution misant sur les formalités nécessaires à la formation du contrat de travail à une solution qui tient compte de la réalité de l'engagement, de l'objet de la règle d'ordre public en question et de la mission de l'arbitre de griefs qui doit « s'assurer que les salariés qui y sont assujettis bénéficient des droits que leur reconnaît la convention collective de travail »³⁴¹.

Monsieur Vien avait été engagé en 2001 par la Commission scolaire crie comme enseignant remplaçant. Les caractéristiques précises du lien d'emploi de monsieur Vien ne ressortent pas de la décision, mais le jugement indique que, comme il n'avait pas obtenu une place de garderie pour son enfant, monsieur Vien a dû remettre sa démission en janvier 2004, laquelle fut refusée par la commission scolaire qui a assimilé la démission à une rupture de contrat dans une résolution datée du 21 janvier 2004³⁴². Malgré cette situation, en juillet 2005 monsieur Vien a été inscrit sur une liste de candidats pour un poste d'enseignant et en janvier 2006 il a été appelé par la directrice d'une école qui lui a offert un poste de remplacement jusqu'à la fin de l'année scolaire. Il a commencé à travailler et un contrat d'engagement a été

³⁴¹ *Commission scolaire crie*, *supra* note 328, au para. 32.

³⁴² Notons que nous n'examinerons pas ici les effets de la démission de 2004, la question qui nous intéresse et sur laquelle s'est penchée la Cour d'appel étant l'existence d'un contrat de travail valide en l'absence d'une formalité essentielle prévue dans la loi et le droit de l'enseignant de saisir l'arbitre de grief.

signé quelques mois plus tard par monsieur Vien et par la directrice de l'école, ainsi que par le président du conseil de la Commission scolaire crie. En juin 2006, la directrice a avisé monsieur Vien qu'il allait probablement recevoir une offre d'emploi pour l'année scolaire suivante et au début du mois d'août elle lui a demandé de se présenter à l'école, ce que monsieur Vien a fait. Il a participé à une réunion d'enseignants, a reçu son horaire et a travaillé pendant trois jours. Le jour de la rentrée scolaire, soit le 14 août 2006, monsieur Vien a été avisé que le comité exécutif de la commission scolaire avait adopté une résolution en vertu de laquelle elle avait décidé de ne pas l'engager pour les années scolaires 2005-2006 et 2006-2007 en s'appuyant sur la démission de l'année 2004.

Trois griefs sont déposés par le syndicat représentant monsieur Vien. Une objection est soulevée par la commission scolaire qui allègue l'absence de compétence de l'arbitre fondée sur le fait que monsieur Vien ne serait pas un « enseignant » au sens de la convention collective puisqu'une formalité essentielle à la validité de son contrat d'engagement n'a pas été respectée, soit la résolution prévue à l'article 202 LIPAC. L'arbitre rejette l'objection préliminaire et accueille les griefs. La Cour supérieure refuse d'intervenir, décision qui est confirmée par la Cour d'appel qui rejette le pourvoi.

La juge Thibault, au nom de la Cour d'appel, conclut au caractère raisonnable de la sentence de l'arbitre qui a considéré que la commission scolaire ne pouvait pas invoquer l'absence de la formalité prévue à l'article 202 LIPAC qu' « elle a volontairement et abusivement omis

d'accomplir »³⁴³ afin de priver monsieur Vien des conditions de travail prévues dans la convention collective et lui refuser, en plus, l'accès à la procédure de grief.

La Cour d'appel précise que l'arbitre a conclu à l'existence d'un contrat implicite valide en tenant compte de la réalité de l'engagement et de la prestation effective du travail, tout en ajoutant que la décision contestée n'a pas pour effet de porter atteinte à l'ordre public de la LIPAC, dont l'objet a été respecté. Il nous apparaît important de reproduire les paragraphes 34 à 36 de la décision qui résument bien l'approche adoptée par la Cour d'appel :

« [34] Vu les faits précités, soit la réalité d'un engagement, la signature d'un contrat de travail par le président du conseil de l'appelante et la prestation de travail pendant une durée prolongée, le mis en cause a conclu à l'existence d'un contrat implicite valide.

[35] À mon avis, la décision du mis en cause n'a pas pour effet d'occulter le caractère d'ordre public de l'article 202 de la Loi. L'objet de cet article est de s'assurer que l'engagement d'un enseignant respecte les droits du public, singulièrement ceux des élèves, de jouir d'enseignants compétents. Or, il est acquis que la compétence de M. Vien n'est pas un facteur qui a influé sur la conduite de l'appelante dans le présent dossier. M. Vien est un enseignant compétent.

[36] En conséquence, je suis d'avis que la décision du mis en cause est raisonnable. D'une part, elle ne nie pas le caractère d'ordre public de l'article 202 de la Loi et, d'autre part, elle permet à M. Vien, un « enseignant », d'être assujetti à la convention collective applicable aux « enseignants » et, en conséquence, de bénéficier des conditions de travail applicables aux « enseignants ». »
[références omises]

La Cour d'appel s'est ainsi écartée du raisonnement antérieur fondé sur les conditions de formation des contrats et la théorie des nullités du droit civil. Le changement d'approche

³⁴³ *Commission scolaire crie, supra* note 328, la Cour d'appel utilise ces termes dans son résumé de la sentence arbitrale, au para. 33 du jugement.

concernant la norme de contrôle applicable lui a permis de donner toute son importance à l'expertise du tribunal spécialisé en droit du travail. La déférence à l'égard d'une décision arbitrale adaptée au milieu du travail a amené la Cour à mettre de côté la logique propre du droit civil des obligations. L'accent a plutôt été mis sur la réalité du rapport de travail, l'objet de la norme d'ordre public de la LIPAC qui n'a pas été nié et le résultat de la décision permettant à la personne visée par le régime de rapports collectifs du travail d'en bénéficier. Voilà une façon de voir les choses respectueuse des buts et objectifs des divers régimes en cause.

Même si cette décision ne concerne pas spécifiquement la notion de « salarié » au sens du *C.t.* mais celle d'« enseignant » en vertu de la convention collective, le raisonnement suivi par la Cour d'appel est facilement transposable au cas de la personne qui revendique le statut de salarié.

L'arrêt *Fruits de mer Gascons*

Dans cette affaire, la Cour d'appel s'est penchée sur la notion de service continu. De façon générale, la portée de cette notion est importante puisqu'elle est exigée pour l'application de certaines normes minimales du travail, dont la protection contre le congédiement sans cause juste et suffisante prévue à l'article 124 *Lnt*³⁴⁴. Plus particulièrement, la définition de service

³⁴⁴ Outre l'article 124 de la *Lnt* qui exige deux ans de service continu dans une même entreprise, la *Lnt* réfère à la notion de service continu, notamment, aux articles 67, 68 et 69 (congés annuels payés), 79.2 (absence pour cause de maladie), 81.1 (absence à l'occasion de la naissance ou de l'adoption d'un enfant), 82 et 82.1 (délais de l'avis de fin d'emploi ou de mise à pied).

continu nous intéresse car elle réfère à la notion de contrat de travail. Ainsi, même si la définition de « salarié » prévue à la *Lnt* pourrait pour certains être classée parmi celles qui correspondent à une approche matérielle fondée sur la « relation du travail », le « service continu », lorsque requis pour donner droit aux avantages de la loi, fait entrer l'exigence contractuelle comme condition d'application de celle-ci. La notion de « service continu » est définie à l'article 1(12^o) *Lnt*, comme suit :

« 12^o « service continu » : la durée ininterrompue pendant laquelle le salarié est lié à l'employeur par un contrat de travail, même si l'exécution du travail a été interrompue sans qu'il y ait résiliation du contrat, et la période pendant laquelle se succèdent des contrats à durée déterminée sans une interruption qui, dans les circonstances, permette de conclure à un non-renouvellement de contrat. »

Il est à noter que la deuxième partie de la définition, c'est-à-dire les mots « et la période pendant laquelle se succèdent des contrats à durée déterminée sans interruption qui, dans les circonstances, permette de conclure à un non-renouvellement de contrat », a été ajoutée en 1991³⁴⁵. Lors de l'étude détaillée du projet de loi par la Commission des affaires sociales, le ministre Bourbeau dira, notamment, que « [l]'amendement vise à améliorer les possibilités d'accumulation du service continu pour les personnes qui travaillent pour un employeur en vertu de contrats à durée déterminée, il rend ainsi inutile l'utilisation de contrats successifs à

³⁴⁵ *Loi modifiant la Loi sur les normes du travail et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1990 c. 73, art. 1, par. 3.

durée déterminée pour empêcher qu'un salarié accumule du service continu lui donnant droit à une norme du travail [...] »³⁴⁶.

Dans *Fruits de mer Gascons*, la Commission des normes du travail réclamait à l'employeur la différence entre le 4% et le 6% du salaire versé à titre d'indemnité de congé annuel qui aurait dû être payée aux salariés justifiant cinq ans de service continu. Les salariés en question étaient des employés saisonniers qui étaient rappelés par l'employeur pour la saison de pêche chaque année depuis un bon nombre d'années, la principale activité de l'entreprise de l'employeur étant la transformation du crabe des neiges. L'employeur tenait à jour une liste d'employés par ordre d'ancienneté et depuis plus de 15 ans le rappel des travailleurs était fait en respectant cette liste. La décision indique également qu'à la fin de la saison un relevé d'emploi était remis aux employés dans lequel figurait la mention « retour non prévu ».

La Cour d'appel, sous la plume du juge Rochon, décrit la question soulevée par le pourvoi comme en étant une relative « aux relations juridiques entre le travailleur saisonnier et son employeur »; pour la Cour, « [i]l s'agit de déterminer si la nécessaire discontinuité de l'activité reliée au travail saisonnier se traduit, en l'espèce, par une rupture du lien d'emploi »³⁴⁷. Elle indique que la notion de service continu doit être appréciée en fonction des « circonstances », tel qu'indiqué dans la loi.

³⁴⁶ Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats*, 34^e législature, 1^{re} session, Projet de loi 97 intitulé *Loi modifiant la Loi sur les normes du travail et d'autres dispositions législatives* (1990), Étude détaillée, Commission permanente des affaires sociales, Fascicule n° 55, 3 décembre 1990, pages 3109-3166, en ligne : <[http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/journaux-debats/index-jd/recherche.html?cat=ex&Session=jd3411se&Section=projlois&Requete=CAS+3109-66&Hier=97+-+Loi+modifiant+la+Loi+sur+les+normes+du+travail+et+d%27autres+dispositions+l%c3%a9gislatives+\(1990\)%c3%89tude+d%c3%a9taille%c3%a9e_CAS+3109-66](http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/journaux-debats/index-jd/recherche.html?cat=ex&Session=jd3411se&Section=projlois&Requete=CAS+3109-66&Hier=97+-+Loi+modifiant+la+Loi+sur+les+normes+du+travail+et+d%27autres+dispositions+l%c3%a9gislatives+(1990)%c3%89tude+d%c3%a9taille%c3%a9e_CAS+3109-66)> (document consulté le 20 mai 2014).

³⁴⁷ *Fruits de mer Gascons*, *supra* note 330, au para. 9.

Après avoir souligné que la deuxième partie de la définition de « service continu », ajoutée en 1991, « constitue pour la doctrine une indication claire du législateur de son intention de permettre au travailleur saisonnier de cumuler, si les circonstances le justifient, des années de service continu », la Cour affirme qu'il faut considérer dans l'analyse les circonstances d'ordre géographique, social et économique, lesquelles « sont également intimement liées à l'organisation de l'entreprise de l'appelante »³⁴⁸.

Ainsi, la Cour tient compte de la nature des activités de l'entreprise de l'employeur qui débutent annuellement en avril pour se terminer en juillet et du fait que ce sont les mêmes employés qui sont rappelés chaque année par ordre d'ancienneté depuis au moins une quinzaine d'années. Elle considère également que l'appelante est le principal employeur dans la région et qu'il s'agit du seul véritable emploi occupé par les employés en question durant l'année. Pour la Cour, « il est manifeste que l'employeur désire faire appel aux services des employés en cause sur une base périodique et régulière »³⁴⁹. Elle distingue la présente affaire de l'arrêt *Commission des normes du travail c. Commission des écoles catholiques de Québec*³⁵⁰ dans lequel la Cour a conclu que les contrats d'une enseignante suppléante ne

³⁴⁸ *Ibid.* aux para. 11-12.

³⁴⁹ *Ibid.* au para. 19.

³⁵⁰ J.E. 95-1527 (C.A.), référence telle que citée au para. 21 et à la note de bas de page 5 de la décision. *ibid.* L'arrêt cité par la Cour d'appel est aussi disponible sur CanLII : *Commission des normes du travail c. Commission des écoles catholiques du Québec*, 1995 (CanLII 4648 (QC CA) [Commission des écoles catholiques du Québec].

Il est à noter qu'un banc de trois commissaires de la CRT siégeant en révision d'une décision antérieure de la Commission a retenu la même approche et accueilli le moyen d'irrecevabilité de la plainte d'une enseignante suppléante, déposée en vertu de l'article 124 *Lnt*, portant sur l'absence du service continu exigé par cette dernière disposition : *Commission scolaire des Chênes c. Lemire*, 2011 QCCRT 54 (CanLII) [Lemire]. Pour la CRT, « [l]es salariés suppléants qui travaillent temporairement, pour une période déterminée, afin d'effectuer des remplacements ou pour combler un surcroît de travail, ne peuvent prétendre à la continuité du service entre chaque contrat lorsqu'il n'y pas d'engagement de l'employeur de recourir à leurs services et qu'ils ne sont pas tenus d'offrir une disponibilité » (Lemire, au para. 63).

De plus, la CRT a récemment accueilli l'objection de l'employeur, une commission scolaire, portant sur l'absence de deux ans de service continu exigés par l'article 124 *Lnt* d'une enseignante suppléante dont, pour

permettaient pas de cumuler du service continu, car il s'agissait de contrats temporaires, non renouvelables et sans priorité de rappel.

On voit ici comment la forme contractuelle adoptée par les parties n'est pas déterminante pour conclure à l'existence du service continu et que ce sont en définitive « les circonstances » de chaque espèce qui vont servir à l'établir. Par la volonté du législateur, qui réfère à de telles circonstances, ce n'est pas uniquement le contrat de travail à durée indéterminée ou un seul contrat à durée déterminée comprenant la période de service en question qui donne ouverture au service continu, mais aussi la succession des contrats à durée déterminée dans des circonstances telles que l'interruption de l'exécution du travail ne peut pas être interprétée comme une rupture du lien d'emploi. Autrement dit, une série de contrats périodiques peut constituer du service continu. C'est la réalité du rapport d'emploi qui prévaut, ici par l'effet de la loi elle-même qui y réfère.

L'arrêt CSP

Cette affaire illustre bien l'incidence négative qu'une approche fondée uniquement sur le droit civil peut avoir sur l'accès aux protections d'une loi d'ordre public du travail. La CLP, un juge de la Cour supérieure et deux juges de la Cour d'appel ont conclu que madame Dionne, une enseignante suppléante enceinte, n'avait pas droit aux protections relatives au retrait préventif de la LSST en se fondant sur l'absence d'un contrat de travail, tel que défini dans le *C.c.Q.*

reprenant les mots du commissaire, le « contrat se termine lorsque la prestation est complétée et il n'y a rien qui fasse en sorte que la relation juridique continue » : *Paré c. Commission scolaire de la Seigneurie-des-Mille-Îles*,

Un juge de la Cour d'appel, dissident, et la Cour suprême du Canada, à l'unanimité, ont pris comme point de départ de leur analyse les objectifs de la *Lsst* et les termes de cette législation, et ont examiné le contrat de travail en cause, tel que modifié par l'ordre public du travail, pour venir à la conclusion que la décision de la CLP était déraisonnable, puisque contraire aux objectifs dudit régime légal qui vise précisément à éviter les risques pour la santé et la sécurité au travail, entre autres, pour les femmes enceintes.

Mais rappelons sommairement les faits du dossier. Après avoir obtenu son baccalauréat en éducation en décembre 2005, madame Dionne s'est inscrite, au début de l'année 2006, sur la liste d'enseignants et enseignantes suppléants maintenue par la Commission scolaire des Patriotes (« commission scolaire »). La tenue de cette liste était prévue dans la convention collective et la commission scolaire devait y recourir pour pourvoir à ses besoins de remplacement. Cependant, l'inscription sur la liste ne conférait à madame Dionne aucun droit de rappel ni une priorité d'emploi, la commission scolaire pouvant appeler l'enseignant ou l'enseignante de son choix apparaissant sur cette liste. Depuis son inscription sur la liste au début de l'année 2006, madame Dionne avait fait 88,15 jours de suppléance durant le temps qui restait à l'année scolaire 2005-2006, c'est-à-dire qu'elle avait travaillé de façon régulière pendant presque la moitié de l'année scolaire³⁵¹.

En septembre 2006, madame Dionne a appris qu'elle était enceinte. Deux certificats de retrait préventifs ont été émis par son médecin faisant état des risques du lieu de travail pour la santé

2014 QCCRT 283 (CanLII), para. 43 [Paré].

³⁵¹ La Cour suprême souligne, au para 7 de sa décision (CSP CSC, *supra* note 216), que madame Dionne a travaillé « presque à temps plein en 2006 ». Elle semble ainsi faire référence au fait qu'elle a travaillé presque 90 jours sur les 100 jours d'école que comporte approximativement la moitié de l'année scolaire 2005-2006 allant du mois de janvier au mois de juin 2006.

de madame Dionne ou celle de l'enfant à naître. Dix offres de suppléances ont été faites à madame Dionne et acceptées par celle-ci entre le 13 et le 30 novembre 2006. Cependant, elle n'a pas été réaffectée à d'autres tâches. Estimant qu'un contrat de travail avait été conclu le 13 novembre 2006, la CSST a informé madame Dionne qu'elle avait droit aux bénéfices de la *Lsst*. La commission scolaire a fait une demande de révision administrative, mais la CSST a confirmé sa décision antérieure. La commission scolaire s'est donc adressée à la CLP qui a annulé la décision rendue par la CSST à la suite de la révision administrative et conclu que madame Dionne n'avait pas droit au retrait préventif prévu à la *Lsst*.

Pour décider ainsi, la CLP³⁵² a considéré que madame Dionne n'était pas une travailleuse au sens de la *Lsst* et que, par conséquent, elle ne pouvait pas bénéficier du droit au retrait préventif de la travailleuse enceinte prévu dans cette législation. Vu que la notion de « travailleur » contenue à l'article 1 *Lsst* réfère à la personne qui travaille en vertu d'un contrat de travail, la CLP a tenu compte de la définition de l'article 2085 *C.c.Q.*, ainsi que des règles générales des droits des obligations. Pour l'essentiel, elle a considéré que « pour qu'il y ait formation d'un nouveau contrat, il faut que la personne soit en mesure de s'obliger à effectuer un travail sous la subordination d'un employeur et qu'elle soit rémunérée en conséquence, selon les termes de l'article 2085 *C.c.Q.* »³⁵³. Comme madame Dionne n'était pas en mesure de fournir le travail requis par la commission scolaire en raison du danger pour sa santé ou celle de son enfant à naître, la CLP a conclu qu'« il manque une cause essentielle à ce contrat, soit une prestation de travail. Ainsi, les dix fois, en novembre 2006, où madame Dionne accepte une offre de suppléance, il n'y a pas formation de contrat puisqu'aucune prestation de

³⁵² Voir *Commission scolaire des Patriotes et Dionne*, 2008 QCCLP 3215 (CanLII).

³⁵³ *Ibid.* au para. 37.

travail n'est offerte ou ne peut être offerte par elle »³⁵⁴. La CLP a également écarté l'argument fondé sur la discrimination.

La Cour supérieure a rejeté la demande en révision judiciaire de cette décision. La majorité de la Cour d'appel, sous la plume du juge Wagner, à l'époque de cette Cour, a considéré que la décision de la CLP était raisonnable et a rejeté le pourvoi, avec une forte dissidence du juge Dalphond. La majorité de la Cour était d'avis qu'elle ne pouvait pas conclure à la création d'un lien d'emploi, car après avoir accepté les suppléances proposées « l'appelante refuse immédiatement l'offre en raison de l'exercice du droit au retrait préventif »³⁵⁵. Dans le même ordre d'idées, les juges majoritaires ont indiqué que « l'appelante a choisi d'offrir ses services à l'intimée sachant qu'elle ne voulait pas en réalité accepter les suppléances qui lui seraient offertes [...] »³⁵⁶. Par ailleurs, ils ont ajouté que l'affectation à d'autres tâches était « par définition impossible » en raison de la nature du travail, et que « l'appelante n'a même jamais tenté d'exiger une réaffectation »³⁵⁷.

Pour la Cour suprême, la conclusion de la CLP va à l'encontre des objectifs de la *Lsst* et pénalise les femmes enceintes, lesquelles doivent ainsi choisir entre leur travail et leur santé, ce qui rend la décision déraisonnable. La juge Abella, écrivant pour la Cour, examine d'abord l'objet de la loi qui vise à protéger la santé et la sécurité des travailleurs, ainsi qu'à éliminer les causes d'accidents de travail et de maladies professionnelles sur le lieu du travail. Elle se

³⁵⁴ *Ibid.* au para. 38.

³⁵⁵ CSP CA, *supra* note 216, au para. 105.

³⁵⁶ *Ibid.* au para. 106.

³⁵⁷ *Ibid.* au para. 109.

penche ensuite sur les mécanismes prévus par le législateur pour atteindre cet objectif, parmi lesquels on retrouve le droit de refuser d'exécuter un travail dangereux.

Plusieurs éléments importants ressortent de l'analyse de la Cour, dont le fait que le droit de refuser d'exécuter un travail dangereux constitue une condition de travail qui « est automatiquement incorporé[e] dans le contrat de travail entre un employeur et un travailleur puisque la Loi est d'ordre public »³⁵⁸, que « le refus d'exécuter un travail dangereux n'est pas considéré comme un refus d'exécuter le contrat de travail, mais plutôt comme l'exercice d'une protection législative »³⁵⁹, et qu' « un certificat constitue automatiquement une demande d'affectation à une tâche sans risque »³⁶⁰. La Cour souligne également que le législateur a tenté de répondre aux besoins des femmes enceintes en matière de santé et de sécurité au travail en prévoyant le droit de celles-ci d'être affectées à d'autres tâches ou, si cela est impossible, le droit de cesser de travailler en recevant une indemnité de remplacement de revenu, protégeant ainsi leur santé au travail et leur sécurité financière³⁶¹. De plus, la Cour fait référence au lien entre la protection de la santé au travail et la discrimination des femmes enceintes, en indiquant que c'est précisément pour éviter la discrimination des femmes enceintes que « le régime protège non seulement leur droit de travailler, mais aussi leur droit de travailler dans un milieu sécuritaire, en présupposant qu'elles sont disponibles pour travailler tout autant que le sont les travailleuses non enceintes »³⁶².

³⁵⁸ CSP CSC, *supra* note 216, au para. 23.

³⁵⁹ *Ibid.* au para. 22.

³⁶⁰ *Ibid.* au para. 5.

³⁶¹ *Ibid.* aux para. 27 et 30.

³⁶² *Ibid.* au para. 28.

Une fois précisé le contexte législatif, la juge Abella examine la notion de « travailleur » définie à l'article premier de la *Lsst*, laquelle reflète l'intention du législateur de protéger « le plus largement possible » la santé et la sécurité du travail des personnes qui travaillent, y compris de celles qui le font sans rémunération³⁶³. Tout en soulignant que la loi requiert l'existence d'un contrat de travail pour pouvoir répondre à la définition de « travailleur » et que la prestation de travail est un élément essentiel de dudit contrat, la juge Abella met l'accent sur le fait que « cette exigence doit être interprétée d'une manière qui lui donne un véritable sens dans le contexte d'un régime conçu pour permettre aux travailleurs de se retirer d'un lieu de travail dangereux »³⁶⁴. Il faut donc considérer que les éléments du contrat de travail énoncés à l'article 2085 du *C.c.Q.* ont été modifiés par le législateur afin d'atteindre les objectifs visés par la *Lsst*, comme en définitive le permet la disposition préliminaire du *C.c.Q.* qui prévoit que les autres lois peuvent « ajouter au code ou y déroger »³⁶⁵. Ainsi, à la différence du droit civil, dans le contexte de la *Lsst* la rémunération n'est pas exigée et, en plus, une autre composante du contrat de travail, soit la « prestation de travail », peut être absente du moment que la *Lsst* confère à la travailleuse enceinte le droit de ne pas fournir la prestation du travail qui entraîne un risque pour sa santé ou celle de son enfant à naître. Selon la juge Abella, « le retrait préventif n'est pas une omission ou incapacité d'exécuter le travail [...] il est réputé *remplacer* le travail »³⁶⁶. Le caractère déraisonnable de la décision de la CLP est mis en évidence, entre autres, au paragraphe 45 du jugement :

« [45] La *Loi* permet expressément à M^{me} Dionne de substituer à la prestation de ses tâches d'enseignante suppléante une tâche de

³⁶³ *Ibid.* au para. 32.

³⁶⁴ *Ibid.* au para. 38.

³⁶⁵ *Ibid.* aux para. 37-38.

³⁶⁶ *Ibid.* au para. 40.

remplacement ou un retrait préventif. Le fait qu'elle invoque le certificat ne signifie pas qu'elle ne voulait pas travailler; il signifie plutôt qu'elle ne voulait pas s'exposer ou exposer son enfant à naître à des risques pour la santé dans le lieu de travail. La conclusion de la CLP selon laquelle M^{me} Dionne ne pouvait pas conclure un contrat parce qu'elle était enceinte et qu'elle a refusé un travail dangereux n'a pas tenu compte du fait que M^{me} Dionne était réputée, aux termes de l'art. 14 de la *Loi*, être « au travail » lorsqu'elle était en retrait préventif, et l'obligeait de ce fait à choisir entre son travail et sa santé. Il s'agit d'un raisonnement qui recrée le nœud gordien que le régime légal est censé trancher. Parce que la conclusion de la CLP compromet la réalisation de l'objectif de la *Loi*, j'estime, avec égards, qu'elle est déraisonnable. »³⁶⁷
[soulignement ajouté]

Il est possible de dégager diverses conclusions de cet arrêt relativement aux rapports entre le droit civil et le droit du travail. D'abord, l'analyse visant à déterminer le droit d'une personne aux bénéfices d'un régime de protection des travailleurs doit être guidée par l'objet que le législateur cherche à accomplir en l'instituant, ainsi que par la logique qui soutient les mécanismes choisis pour sa mise en œuvre. La décision qui compromet la réalisation de l'objectif législatif est déraisonnable. Ensuite, la qualification du rapport de travail visé par la *Lsst* ne peut pas être faite de façon totalement autonome par rapport au droit civil, mais dans l'articulation des sources variées il faut nécessairement tenir compte du fait que l'ordre public du travail est susceptible de déroger aux normes du droit civil concernant le contrat de travail. Ainsi, il faudra considérer les droits et obligations incorporés au contrat de travail en vertu de la loi et les modifications apportées au droit civil par l'ordre public du travail, lequel vise une réalité qui va au-delà du lien d'emploi défini à l'article 2085 *C.c.Q.* Pour reprendre les mots de la juge Abella, l'intention du législateur a été de « rejoindre un ensemble de travailleurs

³⁶⁷ *Ibid.* au para. 45.

beaucoup plus large que celui qui est visé par la notion d' « employé » dans le *Code civil* »³⁶⁸. Enfin, l'interprétation de la notion de « travailleur » qui donne accès aux avantages de la *Lsst* est indissolublement liée aux droits reconnus dans celle-ci. Donner à cette notion une portée qui rend ces droits illusoires est déraisonnable et doit être écartée.

En somme, on doit se garder d'assimiler le statut de « travailleur » au sens de la *Lsst* à celui de salarié visé par le *C.c.Q.* Lorsqu'il s'agit d'appliquer les lois du travail, c'est la logique qui leur est propre et leur spécificité qui doivent prévaloir.

L'affaire Paquin

L'affaire *Paquin* pose la question de savoir si le raisonnement fondé sur le droit civil peut être appliqué à la détermination du statut de « salarié » permettant d'accéder aux protections de la *Lnt*. Au-delà des faits particuliers de l'espèce, cette décision nous apparaît utile pour expliquer les effets qu'une approche formaliste pourrait avoir sur l'accès aux normes du travail. Dans cette affaire, la CRT³⁶⁹ a nié le statut de « salarié » à monsieur Paquin, un conseiller financier et directeur de division chez Services financiers groupe Investors inc. (« Investors »), qui avait

³⁶⁸ *Ibid.* au para. 37, la Cour écrit :

« La *Loi* définit le « travailleur » autrement que ne le fait le *Code civil* - une personne qui exécute un travail même sans rémunération, plutôt qu'un employé qui travaille moyennant rémunération. Il est donc clair que le législateur avait l'intention de rejoindre un ensemble de travailleurs beaucoup plus large que celui qui est visé par la notion d'« employé » dans le *Code civil*. Cette interprétation plus généreuse de la notion de « travailleur » est justifiée non seulement par le caractère de la *Loi*, qui est d'ordre public, elle est également permise par la disposition préliminaire du *Code*, qui prévoit que d'autres lois peuvent « ajouter au code ou y déroger » (voir aussi la *Loi d'interprétation*, RLRQ, ch. I-16 art. 41; *Westmount (Ville) c. Rossy*, [2012] 2 R.C.S. 136, par. 21). »

³⁶⁹ Paquin CRT, *supra* note 212.

déposé deux plaintes pour contester le harcèlement psychologique qu'il aurait subi en vertu de l'article 123.6 *Lnt*, ainsi que son congédiement en vertu de l'article 124 *Lnt*³⁷⁰. Pour ce faire, la CRT a tenu compte des principes énoncés par la Cour d'appel dans l'arrêt *Dicom*³⁷¹, concernant une action de droit civil dans laquelle la Cour a interprété la notion de salarié au sens de l'article 2085 *C.c.Q.*

Après avoir souligné qu'un lien de subordination doit exister pour être considéré comme un salarié au sens de la *Lnt*³⁷², la CRT s'est appuyée sur les règles énoncées dans l'arrêt *Dicom* pour établir la portée de la subordination juridique « inhérente au statut de salarié »³⁷³ et distinguer celle-ci de la dépendance économique, qui elle est insuffisante pour qualifier une personne de « salarié ». Toujours sur le plan de principes, la CRT a estimé qu'elle ne pouvait pas écarter le fait que selon la Cour d'appel il y a une incompatibilité entre les statuts de salarié et d'employeur. Ainsi, la CRT a conclu qu'il n'était pas possible de porter à la fois les deux chapeaux dans l'exécution d'une même tâche, ce qui faisait obstacle à la reconnaissance du statut de salarié du plaignant qui avait embauché une adjointe pour l'assister dans ses fonctions³⁷⁴. Elle a ajouté que les éléments de contrôle découlant d'un cadre légal réglementé pour la protection du public, comme ceux qui émanent des lois et règlements dans le secteur des marchés financiers, ne doivent pas être considérés pour établir l'existence de

³⁷⁰ Il est à noter que le plaignant invoquait avoir subi un congédiement déguisé lorsqu'il s'est vu retirer les responsabilités de directeur de division. Or, il était toujours lié à Investors, à titre de conseiller financier, au moment de la décision de la CRT.

³⁷¹ *Dicom*, *supra* note 197.

³⁷² Paquin CRT, *supra* note 212, au para. 87.

³⁷³ *Ibid.* au para. 91.

³⁷⁴ Il ressort de la décision de la CRT que l'adjointe embauchée par le plaignant effectuait régulièrement certaines tâches de ce dernier et le remplaçait pendant ses vacances et ses absences, que Investors n'avait aucun droit de regard sur cette employée et que le plaignant déterminait son salaire et ses conditions de travail en générale : voir *ibid.*, aux para. 43, 61, 134-137.

subordination juridique. L'analyse d'autres éléments habituellement étudiés par la jurisprudence, tels que le contrôle de la présence et de l'exécution du travail, l'obligation de rendement, la propriété des outils, la possibilité d'imposer des mesures disciplinaires, les chances de profits et les risques de pertes et l'exécution personnelle du travail, ont amené la commissaire à conclure à l'absence de subordination juridique. Pour la CRT, le plaignant agissait comme travailleur autonome dans le cadre d'un contrat de services.

Ce n'est pas tant la réponse donnée par la CRT qui nous intéresse aux fins du présent mémoire, mais la partie du raisonnement fondée sur le contrat de travail défini à l'article 2085 *C.c.Q.* Plus particulièrement, nous faisons référence aux conclusions, fondées sur l'arrêt *Dicom*, selon lesquelles la dépendance économique est insuffisante pour conclure à l'existence d'un rapport de travail visé par la *Lnt*, d'une part, et le fait d'avoir des employés est incompatible avec le statut de salarié au sens de cette législation, d'autre part.

Or, la doctrine nous rappelle que diverses décisions de l'instance administrative spécialisée qu'était le Tribunal du travail ont tenu compte de la situation de dépendance économique comme un indice de la condition de salarié des travailleurs qui rentrent dans la catégorie d'entrepreneurs dépendants³⁷⁵. Elle remarque également que « le statut de salarié peut coexister, chez la même personne et au regard d'une même activité économique ou

³⁷⁵ R. P. Gagnon et LKD, *supra* note 196, no 94, aux pp. 93-95. L'auteur réfère notamment aux décisions *Pétales Inc. (Les), c. Syndicat international des travailleurs des industries pétrolières, chimiques et atomiques, locaux 9-700, 9-701 [...]*, [1979] T.T. 209, et *Gaston Breton Inc. c. Union des routiers, brasseries, liqueurs douces et ouvriers de diverses industries, local 1999*, [1980] T.T. 471, références telles que citées dans l'ouvrage de R. P. Gagnon et LKD. Cette référence à la jurisprudence du Tribunal du travail précède les commentaires portant sur l'affaire *Dicom* que l'on retrouve aux pp. 95-96 de l'ouvrage de R. P. Gagnon et LKD.

professionnelle, avec d'autres, comme celui d'actionnaire ou d'administrateur de l'entreprise, celui d'entrepreneur indépendant ou même celui d'employeur »³⁷⁶.

Toutefois, le recours aux principes élaborés dans *Dicom*, portant sur le droit civil, n'a pas rendu la décision de la CRT déraisonnable pour la Cour supérieure, qui a rejeté la requête en révision judiciaire de monsieur Paquin³⁷⁷, ni pour la Cour d'appel, qui a rejeté la demande de permission d'appel³⁷⁸. À cet égard, le juge Gagnon de la Cour d'appel, écrit :

« [16] Finalement, le fait que la commissaire se soit appuyée sur l'arrêt de notre Cour rendu dans *Dicom*, dont l'objet portait principalement sur l'application de l'article 2085 du *Code civil du Québec* et non sur une disposition spécifique de la *LNT*, n'affecte en rien le caractère raisonnable de sa décision.

[17] À cet égard, la commissaire n'a pas manqué d'apporter les distinctions qui s'imposent en reconnaissant que l'arrêt *Dicom* ne visait pas au premier chef à circonscrire la définition de salarié au sens de la *LNT*. Toutefois, dans l'exercice de sa compétence, elle a estimé qu'il lui était difficile d'ignorer l'assertion qui se dégage de cet arrêt portant sur l'incompatibilité entre le statut simultané d'employeur et de salarié. La juge de première instance a souligné cet aspect de la décision pour ensuite conclure que le raisonnement de la commissaire était justifié, transparent et intelligible. Avec égards pour l'opinion du requérant, je ne vois aucune faiblesse apparente dans le raisonnement suivi par la juge sous ce rapport. »³⁷⁹

Nous nous demandons, cependant, s'il n'aurait pas été convenable de préciser que le recours par la CRT aux critères de l'arrêt *Dicom* ne veut pas nécessairement dire que les entrepreneurs dépendants ayant des employés ne pourront jamais être considérés comme des salariés au sens

³⁷⁶ *Ibid.* no 95, à la p. 96. Les références qui se retrouvent dans le texte original ont été omises.

³⁷⁷ Paquin CS, *supra* note 212.

³⁷⁸ Paquin CA, *supra* note 212.

³⁷⁹ Paquin CA, *supra* note 212, aux para. 16-17.

de la *Lnt*. La CRT laisse entrevoir qu'elle est de cet avis lorsqu'elle indique que « selon les circonstances, une aide occasionnelle n'affecterait pas le statut de salarié »³⁸⁰, même si quelques lignes plus bas la commissaire affirme qu'elle adhère à la proposition de la Cour d'appel concernant « l'incompatibilité entre les statuts d'employeur et de salarié »³⁸¹.

À ce stade, il convient de rappeler que l'approche réaliste est la plus adaptée au droit du travail. Ainsi, l'affirmation de l'incompatibilité des statuts de salarié et d'employeur en termes absolus semble à proscrire puisqu'elle donnerait préséance à la forme au lieu d'encourager l'examen de la réalité du rapport de travail en cause pour établir si, dans les faits, la personne réunit les critères propres au statut de salarié. Cela paraît d'ailleurs être l'orientation suivie récemment par la Cour suprême à l'occasion d'un examen visant à déterminer si un associé d'une société de personnes peut être un employé visé par le *Human Rights Code* de la Colombie-Britannique³⁸². En effet, dans l'affaire *McCormick*³⁸³, la Cour devait qualifier la relation entre un cabinet d'avocats et un de ses associés afin d'établir si elle était visée par le champ d'application du code des droits de la personne provincial en matière d'emploi. La juge Abella, au nom d'une Cour unanime, indique qu'elle ne peut pas accepter « la conclusion [de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique] voulant qu'un associé ne puisse jamais être un employé relevant du champ d'application du Code »³⁸⁴, tout en précisant dans son analyse qu'il faut examiner la substance réelle de la relation de travail plutôt que de faire appel à une approche formaliste qui tient compte du concept juridique de la société des personnes :

³⁸⁰ Paquin CRT, *supra* note 212, au para. 133.

³⁸¹ *Ibid.* au para. 139.

³⁸² *McCormick c. Fasken Martineau DuMoulin S.E.N.C.R.L./s.r.l.*, 2014 CSC 39 [McCormick].

³⁸³ *Ibid.*

³⁸⁴ *Ibid.* au para. 15.

« [38] Bien que, en raison de la structure et des protections normalement associées aux sociétés de personnes, il y ait rarement relation d'emploi entre ces sociétés et leurs associés participants, cela ne signifie pas qu'il faille laisser la forme l'emporter sur le fond. Dans le cas qui nous occupe, par exemple, la Cour d'appel semble s'être attachée exclusivement à la société de personnes en tant que concept juridique, au lieu d'examiner la substance de la relation qui existait dans les faits ainsi que la mesure dans laquelle les facteurs de contrôle et de dépendance jouaient un rôle. »³⁸⁵

Quant à la conclusion relative à l'insuffisance de la dépendance économique comme élément servant à déterminer si une personne répond à la définition de « salarié » de la *Lnt*, la question paraît excéder la problématique de la méthode d'analyse et impliquer les critères choisis par le législateur pour définir le rapport visé par la loi. En l'absence d'une référence claire dans la définition de salarié, il nous semble difficile de considérer l'état de dépendance économique autrement que comme un indice qui, à lui seul, paraît insuffisant pour conclure à l'existence d'une situation de salariat visée par la loi³⁸⁶.

III.2 Une approche fondée sur la réalité factuelle, les caractéristiques particulières du rapport de travail et les objectifs des lois d'ordre public en matière de travail

La jurisprudence étudiée ci-dessus démontre que le recours au droit civil pour décider de l'accès aux protections des lois du travail soulève parfois des difficultés, surtout dans le contexte d'emplois qui ne répondent pas à la notion classique de salarié sur laquelle le droit du

³⁸⁵ *Ibid.* au para. 38.

³⁸⁶ Il convient de rappeler que la seconde partie de la définition du salarié contenue dans la *Lnt* fait référence à certains éléments qui vont au-delà de la dépendance économique et qui se rapportent plutôt à la subordination juridique (art. 1(10°)i, ii, *Lnt*).

travail s'est développé. Or, cette même jurisprudence nous donne également des indices quant à l'approche à adopter.

La théorie de la relation de travail exposée plus haut dans le présent texte donnerait une solution à certains problèmes d'accès des travailleurs atypiques aux lois du travail. Non seulement elle permettrait d'éviter les difficultés découlant de la nullité du contrat de travail comme le souligne le professeur Verge³⁸⁷, mais elle pourrait aussi donner une réponse à d'autres situations comme celle des entrepreneurs dépendants si le législateur décidait de prendre en compte l'état de dépendance économique comme un élément servant à définir le rapport de travail visé par la loi. Outre ces situations, déjà abordées dans ce mémoire, pensons aussi au cas des personnes qui travaillent sur appel dans le cadre d'un régime de rapports collectifs prévoyant diverses catégories d'emplois qui sont en lien avec l'organisation de l'entreprise de l'employeur. Dans certaines circonstances, le recours à la thèse de la relation de travail permettrait d'identifier un lien de droit qui découle du travail effectivement réalisé selon les conditions prévues dans le régime de rapports collectifs applicable aux parties. Toutefois, l'absence d'un cadre juridique approprié pourrait faire obstacle à l'application d'une telle théorie pour inclure les travailleurs en question dans le champ visé par certaines lois du travail.

Par exemple, nous estimons qu'à la lumière de la théorie de la relation de travail, les enseignants et enseignantes suppléants occasionnels qui n'ont aucun droit de rappel ou de priorité d'emploi pourraient se voir reconnaître un lien de droit qui va au-delà des contrats de remplacements considérés individuellement. Le juge Dalphond, dissident en appel dans

l'affaire *CSP*³⁸⁸ abordée plus haut, estime qu'il n'est pas déraisonnable de considérer les enseignants suppléants inscrits sur une liste tenue par l'employeur comme étant « partie à un contrat de travail avec la commission scolaire dont l'une des modalités est la fourniture d'une prestation par l'employée, sur appel, et une autre, l'obligation pour l'employeur d'effectuer des remplacements occasionnels avec des enseignant(e)s qui sont sur cette liste [...] »³⁸⁹. Or, indépendamment de l'appareil contractuel, il nous semble que l'inscription sur la liste de suppléantes tenue en vertu de l'entente collective et la succession de contrats, même temporaires, conclus en vertu de ladite entente et produisant des effets juridiques sur le rapport de travail futur de l'enseignant ou l'enseignante³⁹⁰ avec ce même employeur pourraient justifier de reconnaître dans les faits l'existence d'une relation de travail qui ne se limite pas à chaque suppléance prise isolément. Ainsi, on pourrait rejoindre les personnes qui dans les faits ont effectivement travaillé et ont besoin de la protection des lois du travail, et ce, malgré le caractère précaire de leurs emplois. Mais cette solution n'a pas été consacrée dans les diverses lois du travail, du moins de manière explicite³⁹¹.

En l'absence de référence expresse à ce type de situation dans la définition de service continu, les enseignants suppléants qui n'ont pas de priorité d'emploi ni de droit de rappel ont été

³⁸⁷ Voir Verge « Réalité », *supra* note 90; Verge « Contrat de travail », *supra* note 19.

³⁸⁸ *CSP CA*, *supra* note 216.

³⁸⁹ *Ibid.* au para. 41.

³⁹⁰ La suppléance permet parfois d'avoir accès à d'autres emplois moins précaires. Par exemple, le temps de travail comme suppléante peut permettre l'inscription sur une liste de priorité d'emploi à certaines conditions (ce serait notamment le cas des enseignants de la Commission scolaire des patriotes : voir Entente intervenue entre la Commission scolaire des Patriotes et le Syndicat de Champlain, secteur jeunes, 2009,, article 5-1.14.03, en ligne: <http://www.syndicatchamplain.com/fileadmin/user_upload/syndicats/z26/Relations_de_travail/Des_Patriotes_e_nseignant/conventions/convention_jeunes_2009.pdf> (document consulté le 23 mai 2014)).

³⁹¹ On pourrait penser que les définitions de « salarié » faisant référence au critère factuel se prêtent à une interprétation allant dans ce sens.

exclus de certains bénéficiaires de la *Lnt* exigeant un temps de service continu³⁹². Par contre, nous avons vu que dans l'affaire *CSP* l'absence d'une telle reconnaissance législative n'a pas empêché la Cour suprême d'inclure les enseignantes suppléantes occasionnelles dans le champ de protection de la *Lsst*, laquelle fait appel à la figure contractuelle. Cela dit, la question est de savoir quelles sont les fondements de cette solution et si elle est transposable à d'autres travailleurs atypiques et à d'autres régimes législatifs³⁹³.

Face à un choix clair du législateur de viser le rapport fondé sur le contrat de travail, nous sommes d'avis qu'il est difficile de s'appuyer sur la thèse de la relation de travail pour qualifier une personne de « salarié » ou de « travailleur ». Cela est ainsi, du moins, en ce qui concerne le premier volet de cette théorie identifié par le professeur Plá Rodriguez.

Nous avons étudié plus haut³⁹⁴ que le professeur Plá Rodriguez a énoncé deux idées qui ressortent de la pensée du professeur de la Cueva, principal exposant de la thèse « relationniste » dans la doctrine latino-américaine. La première idée porte sur la façon de concevoir le rapport du travail au-delà de la convention formelle et à partir de la réalisation

³⁹² *Commission des écoles catholiques du Québec*, *supra* note 350, *Lemire*, *supra* note 350, et *Paré*, *supra* note 350. Il est à noter que dans l'affaire *Paré*, la requérante avait fait des suppléances de manière très sporadique à la commission scolaire intimée. L'on pourrait donc se demander si dans ce contexte une définition fondée sur le critère factuel aurait permis d'arriver à une solution distincte. Par contre, dans l'affaire *Lemire*, il y avait une succession de contrats de suppléance et une régularité dans le travail. Cela n'a pas empêché la CRT de conclure à l'absence de service continu, en indiquant notamment que « [p]eu importe la régularité, la succession et la durée des contrats de travail, les tribunaux ont toujours exigé [...] une preuve démontrant que l'employeur et le salarié se sont engagés à maintenir un lien juridique d'emploi entre ces contrats, pour conclure à la continuité du service » (*Lemire*, *supra* note 350, au para. 46) et que « [l]a régularité, la durée et la succession de contrats ne peuvent à eux seuls amener un tribunal à conclure à la continuité du service entre ces contrats. Il faut démontrer l'existence d'un lien juridique d'emploi entre les divers contrats, c'est-à-dire l'obligation pour l'employeur de recourir aux services d'une personne et l'obligation pour celle-ci d'offrir une disponibilité » (*Lemire*, *supra* note 350, au para 53).

³⁹³ Notons que dans l'affaire *Paré*, *ibid.* aux para. 36-43, la CRT a écarté l'application de l'arrêt *CSP*.

³⁹⁴ Voir pp. 41-43 du présent mémoire.

effective du travail. La deuxième proposition a trait au « principe de la primauté de la réalité », lequel semble plutôt se rapporter à la méthode d'analyse qui doit guider l'application du droit du travail. En effet, elle impose de tenir compte de la réalité factuelle pour déterminer si l'on est en présence du rapport visé par la législation du travail, mais à la différence de la première idée, elle ne traite pas des éléments constitutifs dudit rapport. Ainsi, peu importe l'approche retenue pour qualifier le lien d'emploi, la méthode basée sur la réalité est susceptible de s'appliquer.

Même si la première idée ne fait pas l'unanimité, Plá Rodriguez indique que la seconde est généralement acceptée par la doctrine et appliquée par la jurisprudence dans de multiples situations. Par ailleurs, on sait qu'en droit du travail au Québec l'approche réaliste est généralement utilisée³⁹⁵. De plus, la Cour suprême a récemment appliqué cette approche dans l'affaire *McCormick*³⁹⁶. Même si dans cette affaire il s'agissait d'établir si un associé d'une société de personnes pouvait être un employé pour les besoins du code des droits de la personne de la Colombie-Britannique, les considérations exprimées par la juge Abella relativement à la nécessité de tenir compte de la substance de la relation d'emploi dans les faits au lieu de donner préséance à la forme sociétale adoptée par les parties nous apparaissent facilement transposables au droit de l'emploi au Québec.

Mais revenons à l'utilité de la thèse de la relation de travail dans l'accès aux lois du travail faisant appel à l'appareil contractuel. Relativement à cette question, nous estimons que le

³⁹⁵ Dans Vallée « Reconnaître », *supra* note 67, à la p. 524, l'auteure nous rappelle que la jurisprudence tant des tribunaux spécialisés du travail que des tribunaux de droit commun reprend l'approche réaliste.

³⁹⁶ *Supra* note 382.

second volet identifié par Plá Rodriguez dans la thèse du professeur de la Cueva, qui réfère à une approche fondée sur la réalité du lien d'emploi, pourra être utile dans les cas où les difficultés ne découlent pas tant de l'absence du contrat visé par la loi que de la façon de saisir le rapport contractuel, c'est-à-dire dans le cadre des inconvénients relatifs à la méthode d'analyse examinés plus haut³⁹⁷ qui concernent, essentiellement, les cas des relations susceptibles de diverses qualifications juridiques. Dans ces situations, le recours à la méthode réaliste pourra suffire³⁹⁸. Or, quand ce qui est en cause est le défaut d'un élément essentiel à la formation du contrat de travail visé par la notion de salarié ou de travailleur, nous sommes d'avis que l'approche réaliste devrait être bonifiée par une méthode contextuelle, l'analyse devant tenir compte de la réalité du travail, des objectifs et des mécanismes des lois d'ordre public, ainsi que des conséquences que la solution adoptée entraînerait sur l'accès aux avantages des lois du travail.

L'arrêt *CSP*³⁹⁹ nous donne des indications qui vont dans ce sens. Rappelons que dans cette affaire, la Cour suprême tient compte des objectifs de la *Lsst*, ainsi que des mécanismes prévus par le législateur pour les atteindre, dont le droit de refuser d'exécuter un travail dangereux et le droit au retrait préventif des femmes enceintes. Elle conclut que l'exercice des droits reconnus dans la *Lsst* ne fait pas obstacle à la formation du contrat de travail, lequel a été modifié par l'ordre public de la *Lsst*. La Cour est d'avis que la loi doit s'appliquer après avoir constaté la réalité du rapport de travail de l'enseignante qui était inscrite sur une liste de suppléantes, qui avait effectivement travaillé durant une grande partie de l'année scolaire

³⁹⁷ Voir section II.3.2 du présent mémoire.

³⁹⁸ Nous ne nous pencherons de nouveau sur ce type d'inconvénients et les avantages de l'approche factuelle, déjà abordés plus haut, *ibid.*

³⁹⁹ *CSP CSC*, *supra* note 216.

antérieure et qui n'avait pas été réaffectée à d'autres tâches, et ce, malgré le fait que les offres de suppléances de la commission scolaire avaient été acceptées par l'enseignante suppléante possédant deux certificats de retraits préventifs constituant, en soi, une demande d'affectation à un travail sans danger. Pour la Cour suprême, l'interprétation de la loi qui empêche la réalisation de l'objectif législatif ne peut pas se tenir.

Pour sa part, l'arrêt *Commission scolaire crie*⁴⁰⁰ va aussi dans cette direction, la Cour d'appel ayant tenu compte de la réalité de l'engagement et du travail effectivement réalisé par un enseignant remplaçant, de l'objet de la disposition d'ordre public de la LIPAC qui n'a pas été nié en l'espèce et du fait que la décision arbitrale permettait à « un « enseignant », d'être assujetti à la convention collective applicable aux « enseignants » et, en conséquence, de bénéficier des conditions de travail applicables aux « enseignants » »⁴⁰¹.

Les dernières décisions de la CLP en matière des travailleurs sans permis de permis de travail valide se rangent également dans cette orientation⁴⁰². Elles examinent les effets de l'absence de permis de travail en tenant compte non seulement de la législation sur l'immigration, mais aussi des buts et objectifs de l'ordre public du travail. Elles prennent en considération la situation réelle des requérants qui remplissent les conditions de la définition de « travailleur » au sens de la législation du travail en cause, la bonne foi de ces derniers et les conséquences contraires à l'intérêt public de pénaliser ces employés en les privant des bénéfices de la *Latmp*.

⁴⁰⁰ *Supra* note 328.

⁴⁰¹ *Ibid.* au para. 36.

⁴⁰² Voir section III.1.1.2 du présent mémoire.

Ainsi, lorsqu'on aborde la question des rapports entre le droit civil et le droit du travail, et plus particulièrement du rôle du contrat dans l'accès aux régimes de protection des travailleurs qui ne répondent pas au standard classique de salarié, le recours à la méthode réaliste aura certainement un rôle à jouer. Dans certaines situations, l'analyse fondée sur la réalité factuelle du rapport de travail au-delà de la forme juridique adoptée permettra d'établir si une personne peut être qualifiée de « salarié » ou de « travailleur » au sens des lois du travail. Une analyse plutôt contextuelle s'imposera dans d'autres cas. Le contexte à analyser sera composé de la réalité du rapport du travail, mais aussi des buts et objectifs des lois du travail en cause afin d'établir si l'ordre public de celles-ci autorise à déroger aux solutions du droit civil, comme d'ailleurs le permet la disposition préliminaire du *C.c.Q.*

À ce stade, il convient d'ouvrir une brève parenthèse pour rappeler le sens de la disposition préliminaire du *C.c.Q.*, laquelle ouvre la porte à la qualification autonome de certaines situations visées par le droit du travail, comme l'indique le professeur A.-F. Bisson :

« Là où la Disposition préliminaire apparaît en droit du travail, elle est généralement citée sans antipathie. Et, qu'il s'agisse par exemple d'interprétation des conventions collectives ou des contrats de travail, de protection des droits en cas de cession d'entreprise, de délais pour porte plainte pour congédiement illégal, du calcul des intérêts sur l'indemnité accordée pour congédiement illégal ou encore de la question récurrente de la norme de contrôle à exercer sur les juridictions inférieures du travail, on fait produire à la Disposition préliminaire les effets qu'elle admet elle-même : on recourra volontiers au droit commun pour ajouter substantiellement à la législation du travail ou en combler les lacunes, mais on n'hésitera pas non plus l'écarter dans les cas où on l'estimera que la lettre, l'esprit, les finalités de la législation du travail confèrent à celle-ci un caractère dérogatoire

ou autorisent une qualification autonome des situations par rapport au Code civil [...] »⁴⁰³
[références omises]

À la lumière de la jurisprudence précédemment étudiée, il semble clair que lorsqu'un décideur spécialisé doit interpréter et appliquer une loi du travail qui fait appel aux notions de droit civil, il doit considérer ces dernières en tenant compte des modifications introduites par l'ordre public du travail. Autrement dit, sans nier la complémentarité entre le droit civil et le droit du travail, il est possible d'affirmer que la spécificité des lois du travail impose des solutions qui s'y adaptent. C'est en définitive l'orientation suivie par la Cour suprême dans *CSP*, affaire dans laquelle elle a conclu que dans le cadre de la *Lsst* il faut tenir compte de la notion de contrat de travail définie à l'article 2085 *C.c.Q.* telle que modifiée par l'ordre public de la *Lsst* pour déterminer l'accès au régime de protection qu'elle prévoit.

Par ailleurs, l'aval donné par la Cour d'appel à la solution fondée sur la réalité du rapport de travail retenue par l'arbitre de griefs dans *Commission scolaire crie*⁴⁰⁴ confirme la validité de cette approche et écarte, par ce fait même, que la logique du droit civil des contrats doive primer pour décider de l'application des lois du travail. L'évolution de la jurisprudence imposant l'application de la norme de contrôle déférente à l'égard des solutions adaptées au droit du travail retenues par les instances spécialisées, assure à ces dernières la souplesse

⁴⁰³ Alain-François Bisson, « La Disposition préliminaire du Code civil du Québec », (1999) 44 *R.D. McGill* 539, aux pp. 563-564, en ligne < <http://lawjournal.mcgill.ca/userfiles/other/6794608-44.Bisson.pdf> > (document consulté le 26 mai 2014).

Il est à noter que les auteurs Verge, Trudeau et Vallée « Sources », *supra* note 3, aux pp. 12-14, font référence au fait que la finalité particulière du droit du travail justifiera parfois une interprétation qui déroge aux règles du droit civil tandis que dans d'autres cas le droit commun servira d'appui à l'application du droit du travail. Ils citent une partie de l'extrait de A-F. Bisson reproduit dans ce mémoire.

⁴⁰⁴ *Supra* note 328.

nécessaire pour élaborer les décisions qui répondent mieux aux particularités des situations visées par les lois du travail.

CONCLUSION

La présente étude suggère que même s'il n'y a pas une seule façon de concevoir le rapport de travail, lorsqu'il s'agit d'établir si l'on est en présence d'une relation (contractuelle ou autre) visée par les lois protectrices des travailleurs, l'adoption d'une approche unique qui tient compte de la réalité de la relation de travail dans les faits et de l'ordre public du travail s'avère nécessaire pour accomplir la finalité poursuivie par le législateur en instituant ces régimes. Dans le cadre d'une telle approche, les effets restrictifs que pourrait entraîner la formule faisant appel à la forme contractuelle pour donner accès aux lois du travail se voient substantiellement amoindris.

On a observé que la recherche d'une solution à l'insuffisance du droit civil des contrats pour répondre aux impératifs du travail subordonné est à l'origine du développement du droit du travail, lequel s'est essentiellement manifesté par l'intervention du législateur dans la reconnaissance de l'action collective des travailleurs, d'une part, et l'imposition directe des normes impératives du travail, d'autre part. Cette importante intervention de l'État a transformé la relation d'emploi qui dès lors ne relève pas uniquement de la volonté des parties.

De plus, l'examen de la législation au Québec et ailleurs a permis de constater que l'élément qui détermine l'application de divers régimes du travail n'est pas toujours le même. En effet, deux thèses s'opposent quant au fondement du rapport qui donne ouverture à l'application des lois du travail, l'une faisant appel à l'appareil contractuel pour le définir, et l'autre s'appuyant sur le fait du travail contre rémunération comme élément essentiel du rapport visé par la loi.

On a identifié une forme d'interaction entre la législation du travail et le droit civil des contrats

qui se manifeste par le recours à la notion de contrat de travail afin de donner ouverture à l'application de certains régimes de protection des travailleurs.

L'étude de la situation au Québec a démontré qu'une partie de la doctrine souligne la dualité de la solution adoptée par le législateur qui dans certains cas a retenu le critère factuel, et dans d'autres s'est fondé sur le contrat de travail pour donner accès aux bénéfices des lois du travail. D'ailleurs, la référence expresse au contrat de travail et le renvoi au droit civil que cela implique sont vus comme des éléments susceptibles de restreindre l'application des régimes du travail, surtout dans le domaine des emplois atypiques. En tenant compte de cette situation, des experts en la matière proposent l'harmonisation des définitions de « salarié » et de « travailleur » qui déterminent le champ d'application de la législation du travail à partir d'une approche objective unique qui serait plus inclusive. Mais il ne suffit pas de saisir le rapport du travail d'un point de vue factuel pour ces experts, il faut encore tenir compte de la réalité du monde du travail actuel et établir les éléments qui servent à définir le rapport visé par loi de manière à rejoindre les personnes qui, même si elles ne répondent pas à la définition traditionnelle du salarié, ont des besoins similaires de protection que le droit du travail cherche à pourvoir.

Des inconvénients d'ordre formel, de méthode et ayant trait au champ d'application du droit du travail ont été soulignés dans ce mémoire relativement à l'approche contractuelle. Il a également été question des avantages de la théorie de la relation du travail pour déterminer l'accès aux régimes de protection des travailleurs. De plus, l'examen de la jurisprudence a permis de voir que les tribunaux ont eu à traiter de divers types de problèmes liés à l'utilisation de la notion de contrat de travail comme critère d'application des lois du travail

dans le cadre des rapports de travail atypiques, lesquels sont essentiellement dus à l'absence d'une condition de formation dudit contrat tel que défini à l'article 2085 C.c.Q., à la nullité de celui-ci ou à une analyse fondée sur la forme juridique adoptée par les parties. Or, la jurisprudence a également permis de constater qu'une approche qui tient compte de la réalité du rapport de travail dans les faits, du particularisme de cette relation et des objectifs des lois d'ordre public peut aider à résoudre certaines de ces difficultés.

Au terme de l'étude proposée dans ce mémoire, nous pouvons retenir trois aspects essentiels qui ressortent des développements précédents et qui donneraient des pistes de solutions aux questions que le recours à la figure contractuelle pour déterminer l'accès aux régimes de protection des travailleurs soulève. De manière générale, ils peuvent se résumer ainsi.

Le premier aspect concerne le principe de la réalité. Le droit du travail ayant été élaboré à partir de la réalité du travail subordonné que le droit civil était incapable de saisir, il est imprégné d'une logique matérielle. Que l'on fasse appel à l'appareil contractuel ou que l'on considère le fait du travail lui-même pour définir le rapport visé par les lois protectrices des travailleurs, la méthode d'analyse basée sur la réalité devrait prévaloir. Cela revient à accepter que dès que les éléments qui caractérisent le rapport de travail visé par la loi sont présents, il faut leur donner effet, sans égard à la forme juridique adoptée par les parties et à la volonté de celles-ci.

Le second élément à considérer est le caractère d'ordre public des lois du travail. L'on ne peut pas se passer de l'ordre public du travail pour déterminer l'accès aux protections qu'il prévoit, et ce, même si d'autres règles d'ordre public pouvant avoir une incidence sur la validité du

contrat de travail entrent en ligne de compte. L'ordre public du travail joue un rôle fondamental non seulement en ce qui concerne le contenu obligationnel des rapports visés par les lois du travail, mais aussi dans la définition même du champ d'application de cette législation. Ainsi, la référence au contrat de travail dans la définition des notions de « salarié » ou de « travailleur » qui déterminent l'accès aux lois du travail ne doit pas être vue comme un renvoi pur et simple aux règles de droit civil et à la logique qui lui est propre, puisque l'ordre public du travail imposera parfois la qualification autonome de la relation de travail en cause par rapport au droit civil. Il est reconnu que les lois d'ordre public du travail doivent recevoir une interprétation large qui assure l'accomplissement de leur objet. Lorsqu'elles font référence aux notions du droit civil, il faut donc en tenir compte d'une manière respectueuse des objectifs recherchés par le législateur en édictant la législation du travail.

Autrement dit, la logique du droit civil n'est tout simplement pas transposable aux lois du travail. Il faut étudier le concept du droit civil auquel la loi réfère à la lumière du contexte du régime conçu par le législateur pour réaliser la finalité de protection des salariés et des travailleurs. La jurisprudence récente de la Cour suprême confirme que le législateur peut exiger l'existence d'un contrat de travail pour qu'une personne soit qualifiée de « travailleur », tout en ayant « l'intention de rejoindre un ensemble de travailleurs beaucoup plus large que celui qui est visé par la notion d'« employé » dans le *Code civil* »⁴⁰⁵. La Cour précise également que « [c]ette interprétation plus généreuse de la notion de « travailleur » est justifiée non seulement par le caractère de la Loi, qui est d'ordre public, elle est également

⁴⁰⁵ CSP CSC, *supra* note 216, au para. 37.

permise par la disposition préliminaire du *Code*, qui prévoit que d'autres lois peuvent « ajouter au code ou y déroger »⁴⁰⁶.

Le troisième point concerne la nécessité d'inclure dans les définitions législatives de « salarié » et de « travailleur » des critères qui caractérisent ces notions à partir l'exécution du travail, d'une part, et d'écarter les éléments qui, comme la subordination juridique, pourraient conduire à l'exclusion de certaines catégories de travailleurs atypiques, d'autre part. Il n'y a nullement besoin de référer au contrat de travail, mais de toute façon, il ne faut pas oublier qu'une telle mention doit être interprétée en tenant compte des modifications apportées par l'ordre public du travail qui peut vouloir atteindre un plus grand nombre de travailleurs que ceux visés par la définition dudit contrat énoncée à l'article 2085 *C.c.Q.*

Dans un contexte où la jurisprudence affirme l'insuffisance de la dépendance économique comme critère d'application de la *Lnt* et exige la présence de la subordination juridique qui caractérise le contrat de travail, une modification législative semble nécessaire si l'on désire rejoindre l'ensemble des travailleurs qui éprouvent des besoins que le législateur cherche à combler. Les recommandations du rapport Bernier à cet égard conservent toute leur actualité.

En somme, on ne peut pas ignorer le particularisme des lois du travail lorsqu'il s'agit de les appliquer. Les tribunaux spécialisés possèdent la marge de manœuvre nécessaire pour rendre des décisions qui en tiennent compte. Le recours aux notions du droit civil n'implique aucunement que l'approche formelle propre à celui-ci doit dès lors prévaloir. Tout en reconnaissant que les principes et les règles du *C.c.Q.* peuvent apporter des solutions et

⁴⁰⁶ *Ibid.* Les références ont été omises.

comblent les lacunes des lois du travail, il ne faut pas oublier qu'ils devront être écartés lorsque l'ordre public du travail y déroge. Le recours aux concepts du droit civil exigera souvent de les adapter au contexte des lois à vocation protectrice des travailleurs et aux particularités de diverses formes de travail pour autrui afin de ne pas faire échec à la finalité de cette législation. Parallèlement à l'approche jurisprudentielle, il revient au législateur d'élargir les notions de salarié et de travailleur de façon à fournir un cadre juridique explicitement plus inclusif qui assure la capacité du droit du travail de remplir sa fonction de protection.

Bibliographie

LÉGISLATION

Canada et Québec : lois et règlements

Charte canadienne des droits et libertés, Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* constituant l'annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R.-U.), 1982, c. 11

Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ, c. C-12

Code canadien du travail, L.R.C., (1985) ch. L-2

Code canadien du travail, S.C.R. 1970, chap. L-1, modifié par S.C. 1977-78, chap. 27

Code du travail, S.Q. 1964, c. 45 (S.R.Q. 1964, c. 141)

Code du travail, RLRQ ch. C-27

Code civil du Québec, RLRQ c. C-1991

Loi des relations ouvrières, S.R.Q. 1941, c. 162A.

Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles, RLRQ c. A-3.001.

Loi sur les normes du travail, RLRQ ch. N-1.1

Loi modifiant la Loi sur les normes du travail et d'autres dispositions législatives, L.Q. 1990 c. 73

Loi sur la santé et la sécurité du travail, RLRQ c. S-2.1.

Loi sur l'équité salariale, RLRQ ch. E-12.001

Loi sur les décrets de convention collective, RLRQ ch. D-2

Loi assurant l'exercice des droits des personnes handicapées en vue de leur intégration scolaire, professionnelle et sociale, RLRQ ch. E-20.1

Loi sur la fête nationale, RLRQ ch. F-1.1

Loi sur la fonction publique, RLRQ ch. F-3.1.1

Loi d'interprétation, RLRQ, ch. I-16, art. 41

Loi sur l'instruction publique pour les autochtones cris, inuit et naskapis RLRQ, c. I-14.

Loi sur le statut de l'artiste, L.C. 1992, ch. 33

Loi sur le statut professionnel et les conditions d'engagement des artistes de la scène, du disque et du cinéma, RLRQ c. S-32-1

Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78/172 du 24/2/78, (1978) 112 Gaz Can. II757

Débats parlementaires

Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats*, 34^e législature, 1^{re} session, Projet de loi 97 intitulé *Loi modifiant la Loi sur les normes du travail et d'autres dispositions législatives* (1990), Étude détaillée, Commission permanente des affaires sociales, Fascicule n^o 55, 3 décembre 1990, pages 3109-3166, en ligne : <[http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/journaux-debats/index-jd/recherche.html?cat=ex&Session=jd3411se&Section=projlois&Requete=CAS+3109-66&Hier=97+-+Loi+modifiant+la+Loi+sur+les+normes+du+travail+et+d%27autres+dispositions+l%c3%a9gislatives+\(1990\)+%c3%89tude+d%c3%a9taill%c3%a9e_CAS+3109-66](http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/journaux-debats/index-jd/recherche.html?cat=ex&Session=jd3411se&Section=projlois&Requete=CAS+3109-66&Hier=97+-+Loi+modifiant+la+Loi+sur+les+normes+du+travail+et+d%27autres+dispositions+l%c3%a9gislatives+(1990)+%c3%89tude+d%c3%a9taill%c3%a9e_CAS+3109-66)> (document consulté le 20 mai 2014)

Autres pays

Code du travail (France), version en vigueur au 29 mai 2014, en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20130710>> (document consulté le 29 mai 2014)

Ley federal de trabajo (Mexique), publiée dans le *Diario oficial de la Federación* du 1 avril 1970, dernière réforme publiée dans le *Diario oficial de la Federación* du 30 novembre 2012, en ligne, <http://www.ordenjuridico.gob.mx/listDependencia.php?catEstado=4&busquedaf=trabajo&HCat=O.titulo%2C+CT.tipo%2CO.fechaPub+asc&idDep=348&idPoder=2&idGrupo=0&idDepUp=0&liberado=no&idEst=347&poder=legislativo&Old_busquedaf=ley+del+trabajo+&image.x=0&image.y=0> (document consulté le 30 mai 2014)

Ley de contrato de trabajo no 20744 (Argentine), en ligne <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25552/texact.htm>> (document consulté le 30 mai 2014)

JURISPRUDENCE

Association de l'enseignement du Nouveau-Québec (C.E.Q.) c. Commission scolaire Kativik, 2002 CanLII 41150 (QC CA)

Augustin et CA Résidence Rive-Soleil inc., 2011 QCCLP 5413 (CanLII)

Boulaajoul et Ferme M.S. Nadon Enr., [1994] C.A.L.P. 1540

Cabiakman c. Industrielle-Alliance, [2004] 3 R.C.S. 195, 2004CSC 55

Castillo et For-Net Montréal Inc., [2003] C.L.P. 738, (2003) AZ-50191705 (Azimut) (CLP Qc)

Charron c. Drolet, 2005 QCCA 430 (CanLII)

Commission des normes du travail c. Commission des écoles catholiques du Québec, 1995 (CanLII 4648 (QC CA)

Commission des normes du travail c. S.M.D., C.P., St-François, no 450-02-002227-81, juge Yvon Roberge, le 28 septembre 1983 (jugement non rapporté)

Commission scolaire crie c. Association des employés du Nord québécois (CSQ), 2012 QCCA 429 (CanLII)

Commission scolaire des Chênes c. Lemire, 2011 QCCRT 54 (CanLII)

Commission scolaire des Patriotes et Dionne, 2008 QCCLP 3215 (CanLII)

Commission scolaire Kativik c. Côté Desbiolles, 2001 CanLII 17102 (QC CA)

Dicom Express inc. c. Paiement, 2009 QCCA 611 (CanLII)

Dionne c. Commission scolaire des Patriotes, 2012 QCCA 609 (CanLII)

Dionne c. Commission scolaire des Patriotes, 2014 CSC 33

Entreprises M.D. de Chicoutimi inc. c. Tremblay, [1990] R.J.Q. 1533, 1990 CanLII 3745 (QC CA)

Flores Cornejo et Viandes et aliments Or-Fil, 2011 QCCLP 4969

Fruits de mer Gascons Ltée c. Commission des normes du travail, 2004 CanLII 27779 (QC CA)

Garcia Transport ltée c. Cie Royal Trust, [1992] 2 R.C.S. 499

Gaston Breton Inc. c. Union des routiers, brasseries, liqueurs douces et ouvriers de diverses industries, local 1999, [1980] T.T. 471

Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique, [2007] 2 R.C.S. 391, 2007 CSC 27

Henriquez et Alimentos Mello, 2006 CanII 65957 (QC CLP)

Isidore Garon c. Tremblay, 2006 CSC 2, [2006] 1 R.C.S. 27

McCormick c. Fasken Martineau DuMoulin S.E.N.C.R.L./s.r.l., 2014 CSC 39

Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin, [2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 5

Paquin c. Services financiers groupe Investors inc., 2010 QCCRT 589

Paquin c. Commission des relations du travail, 2011 QCCS 6802 (CanLII)

Paquin c. Services financiers Groupe Investors inc., 2012 QCCA 37 (CanLII)

Paré c. Commission scolaire de la Seigneurie-des-Mille-Îles, 2014 QCCRT 283 (CanLII)

Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission), [2003] 2 R.C.S. 585, 2003 CSC 55

Pétroles Inc. (Les), c. Syndicat international des travailleurs des industries pétrolières, chimiques et atomiques, locaux 9-700, 9-701 [...], [1979] T.T. 209

Okwuobi c. Commission scolaire Lester-B.-Pearson, [2005] 1 R.C.S. 257, 2005 CSC 16

M.N. c. Tribunal administratif du Québec, 2009 QCCS 372 (CanLII)

Pointe-Claire (Ville) c. Québec (Tribunal du travail), [1997] 1 R.C.S. 1015

Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act [1987] 1 R.C.S. 313

Reyes Avila c. Aliments Alasko inc., 2013 QCCRT 402, (2013) AZ-50996288 (Azimut) (CRT Qc)

Reyes Avila et Aliments Alasko inc., 2013 QCCLP 3771, (2013) AZ-50981482 (Azimut) (CLP Qc)

Rodas Garcia et Services d'entretien Advance Inc., 2011 QCCLP 1350 (CanLII)

Salomon-Herrada et Uniformes Premier choix, 2008 QCCLP 4474 (CanLII)

Saravia c. 101482 Canada Inc., [1987] R.J.Q. 2658 (C.P.)

Sivapathant et Madisons New York Bar & Grill, 2014 QCCLP 1477 (CanLII)

Slaight Communications inc. c. Davidson, [1989] 1 R.C.S. 1038

Still c. M.R.N., [1998] 1 CF 549, 1997 CanLII 6379 (CAF)

Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 224 (F.T.Q.) c. Prétium inc., (2001) AZ-01141216 (Azimut) (Qc) (arbitre Me Lyse Tousignant)

Syndicat de la fonction publique du Québec c. Québec (Procureur général), 2010 CSC 28, [2010] 2 R.C.S. 61

Syndicat de l'enseignement de la région de Québec c. Ménard, 2005 QCCA 440 (CanLII), [2005] R.J.Q. 2015

Syndicat des professionnelles et professionnels en milieu scolaire du Nord-Ouest c. Commission scolaire crie, 1999 CanLII 13643 (QC CA)

Wallace c. United Grain Growers Ltd., [1997] 3 RCS 701

9141-6669 Québec inc. c. Comité conjoint des matériaux de construction, 2013 QCCA 337

DOCTRINE

Monographies :

Barbagelata, Hector Hugo, *Introduction aux institutions du droit du travail en Amérique Latine*, Louvain, Presses Universitaires de Louvain, 1980

Coutu, Michel, Laurence Léa Lafontaine, Georges Marceau et Urwana Coiquaud, *Droit des rapports collectifs du travail au Québec*, 2^e édition, vol. 1, Cowansville, Yvon Blais, 2013

Couturier, Gérard, *Droit du travail*, Paris, PUF, 1990, vol. 1

De la Cueva, Mario, *Derecho mexicano del trabajo*, 2^e éd., Mexique, Librería de Porrúa, 1943, t.1.

Gagnon, Robert P., Louis LeBel et Pierre Verge, *Droit du travail*, 2^e édition, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1991

Gagnon, Robert P., et Langlois Kronström Desjardins, s.e.n.c.r.l., sous la direction de Yann Bernard, André Sasseville, Bernard Cliche et Jean-Guy Villeneuve, *Le droit du travail du Québec*, 7^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2013

Morin, Fernand, *L'élaboration du droit de l'emploi*, Wilson & Lafleur, Montréal, 2011, aux pp. 78-81, en ligne : < http://www.caij.qc.ca/doctrine/wilson_et_lafleur/46/index.html > (document consulté le 12 mai 2014)

Pélissier, Jean, Alain Supiot et Antoine Jeammaud, *Droit du travail*, Paris, Dalloz, 2008

Plá Rodriguez, Américo, *Los principios del derecho del trabajo*, 2^e éd., Buenos Aires, Depalma, 1978

Revet, Thierry, *La force de travail (étude juridique)*, Paris, Litec, 1992

Supiot, Alain, *Critique du droit du travail*, Paris, PUF, 2^e édition « Quadrige », 2007

Verge, Pierre, Gilles Trudeau et Guylaine Vallée, *Le droit du travail par ses sources*, Montréal, Thémis, 2006

Verge, Pierre, et Guylaine Vallée, *Un droit du travail? Essai sur la spécificité du droit du travail*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997

Articles publiés dans des revues et des ouvrages collectifs :

Bernstein, Stéphanie, « Au carrefour des ordres publics : l'application des lois du travail aux travailleuses et travailleurs ne détenant pas de permis de travail valide en vertu de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés », en ligne, (2009) 310 *Développements récents en droit du travail* 239, Cowansville, Yvon Blais, 2009, Barreau du Québec, <http://www.caij.qc.ca/doctrine/developpements_recents/310/1660/index.html > (document consulté le 4 juin 2014)

Bich, Marie-France, « Droit du travail québécois : genèse et génération », dans H. P. Glenn, dir., *Droit québécois et droit français: communauté, autonomie, concordance*, Cowansville, Yvon Blais, 1993

Bich, Marie-France « Le contrat de travail », dans *La réforme du Code Civil*, t. 2, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1993, aux pp. 743-796

Bisson, Alain-François, « La Disposition préliminaire du Code civil du Québec », (1999) 44 *R.D. McGill* 539, aux pp. 563-564, en ligne : <<http://lawjournal.mcgill.ca/userfiles/other/6794608-44.Bisson.pdf>> (document consulté le 26 mai 2014)

Brière, Jean-Yves, « Le Code civil du Québec et la Loi sur les normes du travail : convergence ou divergence? », *Relations industrielles*, vol. 49, no 1, 1994, p. 104-132, en ligne : <<http://www.erudit.org/revue/ri/1994/v49/n1/050920ar.pdf>> (document consulté le 27 mai 2014)

Cumyn, Michelle, « Les sanctions des lois d'ordre public touchant à la justice contractuelle : leurs finalités, leur efficacité », (2007) 41 *R.J.T.* 1, aux pp. 38-39, en ligne : <<http://www.editionsthemis.com/uploaded/revue/article/rjtvol41num1/cumyn.pdf>> (document consulté le 15 mai 2014)

Deshaies, Luc, et Josée Gervais, « Contrat de travail ou contrat de service : où se situe l'« autonomie » du travailleur autonome ? », en ligne, (2012) 348 *Développements récents en droit du travail* 105, Cowansville, Yvon Blais, 2012, Barreau du Québec, <http://www.caij.qc.ca/doctrine/developpements_recents/348/17081/index.html#infos> (document consulté le 4 juin 2014)

Gagnon, Annie, « Les travailleurs étrangers et la L.A.T.M.P. », **en ligne, (2012)** 346 *Développements récents en droit de la santé et sécurité au travail* 3, Cowansville, Yvon Blais, 2012, Barreau du Québec, <http://www.caij.qc.ca/doctrine/developpements_recents/346/15412/index.html> (document consulté le 4 juin 2014)

Gagnon, Robert P., Louis LeBel et Pierre Verge, « Du soi-disant 'contrat de travail' », (1970) 11 *C. de D.* 282, en ligne, <<http://www.erudit.org/revue/cd/1970/v11/n2/1004814ar.pdf>> (document consulté le 2 juin 2014)

Jeammaud, Antoine, « La centralité retrouvée du contrat de travail en droit français », dans *Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor de Buen Lozano*, Patricia Kurczyn Villalobos et Carlos Alberto Puig Hernández, Coordinadores, 1^{er} édition, Mexique, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de investigaciones jurídicas – Serie Doctrina Jurídica no 148, 2003, p. 415, en particulier à la p. 417, en ligne, <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1090/24.pdf>> (document consulté le 2 juin 2014)

Jobin, Pierre-Gabriel, « Les effets du droit pénal ou administratif sur le contrat : où s'arrêtera l'ordre public? », (1985) 45 *R. du B.* 655

Kurczyn Villalobos, Patricia, « El contrato laboral; decadencia o modificación », dans *Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor de Buen Lozano*, Patricia Kurczyn Villalobos et Carlos Alberto Puig Hernández, Coordinadores, 1^{er} éd., Mexique, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de investigaciones jurídicas – Serie Doctrina Jurídica no 148,

2003, pp. 435-458, en particulier à la p. 450, en ligne : <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1090/25.pdf>> (document consulté le 2 mai 2014)

Lippel, Kathérine, « Le travail atypique et la législation en matière de santé et sécurité du travail », en ligne, (2004) 208 *Développements récents en droit de la santé et sécurité au travail* 311, en ligne : <http://www.caij.qc.ca/doctrine/developpements_recents/201/1017/index.html> (document consulté le 4 juin 2014)

Otis, Louise, « L'ordre public dans les relations de travail », (1999) 40 *C. de D.* 381, en ligne : <<http://www.erudit.org/revue/cd/1994/v40/n2/043547ar.pdf>> (document consulté le 2 juin 2014)

Pelletier, Normand, « L'Organisation internationale du Travail adopte une recommandation sur la relation de travail », *Regards sur le travail*, vol. 3 no 2 (automne 2006), en ligne : <http://www.travail.gouv.qc.ca/fileadmin/fichiers/Documents/Regards_travail/regardstravail-vol03-02.pdf> (document consulté le 2 mai 2014)

Revet, Thierry, « L'objet du contrat de travail », *Droit social*, no 11 (novembre 1992) 859

Savatier, R., « Réalisme et idéalisme juridique en droit civil d'aujourd'hui – structures matérielles et structures juridiques », dans *Le droit privé français au milieu du XXe siècle – Études offertes à Georges Ripert*, tome I, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1950, aux pp. 75-92

Supiot, Alain, « Pourquoi un droit du travail? », *Droit social*, no 6 (juin 1990) 485

Vallée, Guylaine, « Reconnaître la relation de travail dans des modèles organisationnels complexes : une question de méthode? », (2008) 42 *R.J.T.* 519, en ligne : <<http://www.editionsthemis.com/uploaded/revue/article/rjtvol42num3/vallee.pdf>> (document consulté le 2 juin 2014)

Vallée, Guylaine, « La contribution scientifique de Pierre Verge à l'affirmation et à la recomposition du droit du travail », 2014 [non publié], École des relations industrielles, Université de Montréal

Verge, Pierre, « Le contrat de travail selon le Code civil du Québec : pertinence ou impertinence? », (1993) 24 *R.G.D.* 237

Verge, Pierre, « Réalité juridique du rapport de travail », dans Gilles Trudeau, Guylaine Vallée, Diane Veilleux (dir.), *Études en droit du travail à la mémoire de Claude D'Aoust*, Cowansville, Yvon Blais, 1995, pp. 343-367

Verge, Pierre, « L'adaptation du droit du travail à la 'nouvelle entreprise' », dans Jean Bernier et al., dir., *L'incessante évolution des formes d'emploi et la redoutable stagnation des lois du travail*, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 2001

Verge, Pierre, « Les instruments d'une recomposition du droit du travail : de l'entreprise-réseau au pluralisme juridique », (2011) *C. de D.* 135, en ligne : < <http://www.erudit.org/revue/cd/2011/v52/n2/1006412ar.pdf> > (document consulté le 4 juin 2014).

Verkindt, Pierre-Yves, « Le contrat de travail – Modèle ou anti-modèle du droit civil des contrats? », dans *La nouvelle crise du contrat*, Christophe Jamin et Denis Mazeaud, dir., Paris, Dalloz, 2003, aux pp. 197-224

JurisClasseur Québec – Collection Droit du Travail, Rapports individuels et collectifs du travail, « Statuts de salarié et d'employeur dans les lois du travail », vol. 1, fasc. 8, par Carol Jobin, feuilles mobiles (mise à jour mars 2013) [Jurisclasseur Jobin].

Rapports (nationaux et internationaux) et textes de conférences :

Bernier, Jean, Guylaine Vallée et Carol Jobin, « Les besoins de protection sociale des personnes en situation de travail non traditionnel », Rapport final du Comité d'experts chargé de se pencher sur les besoins des personnes vivant une situation de travail non traditionnelle, Gouvernement du Québec, 2003, en ligne : < http://www.travail.gouv.qc.ca/publications/archives/normes_du_travail.html > (document consulté le 4 juin 2014)

Fudge, Judy, Eric Tucker et Leah Vosko, « Le concept légal de l'emploi : la marginalisation des travailleurs », document rédigé pour la Commission du droit du Canada, 2002, p. 144, en ligne : < http://publications.gc.ca/collections/collection_2007/lcc-cdc/JL2-35-2002F.pdf > (document consulté le 4 juin 2014)

Supiot, Alain, *Au-delà de l'emploi – Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Rapport pour la Commission des Communautés européennes avec la collaboration de l'université Carlos III de Madrid, Paris, Flammarion, 1999

Vallée, Guylaine, « Développer de nouvelles plateformes pour le droit du travail et la protection des travailleurs : vers une redéfinition des frontières du droit du travail? », CÉDIM, Cycle de séminaires 2004-2005 : *Droit mondialisé et mondialisation du droit*, séminaire III du 21 au 22 avril 2005 à l'Université du Québec à Montréal, Montréal : *L'évolution de la normativité du droit social et du travail dans le contexte de l'intégration économique des Amériques*, en ligne < <http://www.er.uqam.ca/nobel/ieim/IMG/pdf/GVallee-mai05.pdf> > (document consulté le 7 mai 2014)

DOCUMENTS DES ORGANISMES INTERNATIONAUX

Organisation internationale du Travail, Constitution de l'Organisation internationale du Travail, Annexe intitulée Déclaration concernant les buts et objectifs de l'Organisation internationale du travail, en ligne :

<http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:62:0::NO::P62_LIST_ENTRIE_ID,P62_LAN_G_CODE:2453907,fr:NO#declaration> (document consulté le 2 juin 2014).

Organisation internationale du Travail, *Recommandation sur la relation de travail, 2006 (R198)*, en ligne,

<http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312535:NO> (document consulté le 30 mai 2014)

AUTRES DOCUMENTS

Entente intervenue entre la Commission scolaire des Patriotes et le Syndicat de Champlain, secteur jeunes, 2009, en ligne :

<http://www.syndicatchamplain.com/fileadmin/user_upload/syndicats/z26/Relations_de_travail/Des_Patriotes_enseignant/conventions/convention_jeunes_2009.pdf> (document consulté le 23 mai 2014).