

Le rapport de dépendance économique comme norme de qualification du salarié au sens du Code du travail

Rodrigue Blouin *

Introduction

Le Code du travail stipule que le mot salarié signifie «une personne qui travaille pour un employeur moyennant rémunération» sous réserve de certaines exceptions énumérées à la suite de cette définition.¹ Le terme employeur est pour sa part défini comme suit: «quiconque, y compris Sa Majesté, fait exécuter un travail par un salarié».² La définition du salarié a été interprétée par les tribunaux comme ne visant que le travailleur en relation de subordination juridique avec l'utilisateur de ses services. Les exclusions concernent des travailleurs subordonnés juridiquement et qui sont considérés comme les proches collaborateurs de l'employeur.

Nous nous proposons dans les propos qui vont suivre de nous interroger uniquement sur la justesse de l'approche jurisprudentielle concernant l'exigence de la dépendance juridique. A cet effet, après une première démarche ayant pour objet de rappeler la nécessité et la nature de la subordination juridique, nous verrons, en un deuxième temps, que l'économie des relations du travail ne supportent pas une semblable exigence mais évoque plutôt l'idée d'une norme de caractère économique. Nous terminerons par une recherche des conditions de rétention de la notion de dépendance économique.

I. L'utilisation de la notion de subordination juridique en matière d'identification du salarié

Selon les organismes quasi-judiciaires de droit du travail, c'est de l'intention même du législateur que découle l'obligation de considérer comme salariés uniquement les travailleurs en relation de dépendance juridique (en a). En l'absence d'une définition législative

* B.A., LL.L., LL.M., Avocat à Québec, Professeur au Département des relations industrielles de la Faculté des sciences sociales de l'Université Laval. Professeur invité à la Faculté de droit (section de droit civil) de l'Université d'Ottawa.

¹ S.R.Q. 1964, ch. 141, art. 1(m).

² *Ibid.*, art. 1(l).

de la notion de subordination juridique, ce sont les tribunaux qui en ont précisé le sens et la portée (en b).

(a) Le contexte de l'interprétation jurisprudentielle: le maintien de la distinction traditionnelle entre le salarié et l'entrepreneur du droit commun

Déjà en 1964 dans l'affaire *J.J. Joubert Ltée*,³ le premier cas d'espèce d'importance en application du Code du travail, la Commission des relations du travail rappelait que la définition du salarié atteste de l'intention du législateur de maintenir en droit des rapports collectifs du travail la distinction traditionnelle du droit commun entre le salarié et l'entrepreneur:

We have no doubt that under the Code, as under the Act, the intention is to maintain the traditional distinction between "employee" and "independent contractor" clearly drawn by the general law [droit commun] of our Province.⁴

La C.R.T. souligna ensuite que cette distinction relève de la compréhension de la notion de subordination:

An employee, as we have seen, is one who works for an employer, implying a degree of subordination that is characteristic of that relationship. An independent contractor, however, works not for another but for himself, even though there may be a contractual relationship between him and another in regard to the product of work. Here, the control, if it exists, is of a different and lesser kind.⁵

Appelée à préciser par la suite la nature, plus exactement le degré de subordination requis en matière de qualification du salarié, elle procède à une étude de la jurisprudence québécoise relative à la responsabilité civile (lien commettant-préposé) et à l'examen de la jurisprudence canadienne et américaine portant sur les rapports collectifs du travail (lien employeur-salarié). Les conclusions que la C.R.T. tire de son étude ne permettent pas, selon l'interprétation que nous en donnons, de considérer l'affaire *J.J. Joubert* comme l'espèce qui a rejeté catégoriquement le rapport de dépendance économique en matière de qualification du salarié. En effet, la C.R.T. a adopté une attitude plutôt souple sous l'angle de l'énoncé juridique devant servir de guide:

³ Décisions sur les conflits de droit dans les relations de travail, no. 1638-10, par les commissaires A.B. Gold (juge), J.E. Corbeil et G. Côté. Cette décision a été maintenue en révision: *Union des employés de commerce*, loc. 500 (R.C.I.A.), v. *J.J. Joubert Ltée*, [1970] C.E. 344, par le commissaire-enquêteur C.G. Desjardins. La décision de ce dernier a été infirmée par le juge G. Filion du Tribunal du travail pour non-respect de la règle *audi alteram partem*. Une nouvelle enquête a été ordonnée: [1970] T.T. 20.

⁴ *Ibid.*, 33.

⁵ *Ibid.*

The economic and legal ties, no matter how rigid, that bind the independent contractor will not convert his status to that of an employee unless the nature of the relationship is thereby changed. This is not the case here.⁶

Compte tenu de ces propos, la seule conclusion certaine et définitive que l'on puisse tirer de l'espèce est que la C.R.T. a jugé que les faits portés à son attention ne lui permettaient pas de considérer les vendeurs-distributeurs comme des salariés au sens du Code.

Subséquemment à l'affaire *J.J. Joubert*, l'idée de subordination économique ne fut discutée à nouveau au fond qu'à une seule reprise. En 1965, dans l'affaire *Les Sables des Milles Iles Ltée*,⁷ la Commission précisait que la notion de dépendance économique ne saurait être compatible avec le sens et la portée de la définition du salarié:

Il faut donc conclure qu'au lieu de l'idée trop imprécise de dépendance économique, il faut admettre comme critère permettant de distinguer le contrat de travail du contrat d'entreprise, le lien de subordination juridique qui unit le travailleur à celui avec qui il s'engage.⁸

Par la suite, les tribunaux du droit du travail ont réaffirmé de façon constante la nécessité de la subordination juridique au sens du contrat individuel de travail. Pour ne citer que deux illustrations dans le temps, nous signalons au départ l'interprétation de la définition du salarié qu'a donné en 1967 la C.R.T.:

Cette définition, qui vise le contrat de louage d'ouvrage par opposition au contrat d'entreprise, comporte trois éléments essentiels: 1° l'élément travail; 2° l'élément salaire; 3° l'élément subordination.⁹

En 1970, le Tribunal du travail indiquait clairement que cette façon de voir était appropriée en reprenant et faisant sienne l'argumentation patronale qui lui avait été soumise:

... la définition du mot «salarié» dans le Code devait être complétée par l'élément subordination juridique sans lequel on ne peut distinguer le contrat de travail des contrats voisins...¹⁰

On ne saurait nier que ces énoncés sont suffisamment explicites en soi pour conclure à l'exigence de la dépendance juridique. Cette contrainte n'implique pas par contre que l'on doive reléguer aux

⁶ *Ibid.*, 35.

⁷ *Syndicat des camionneurs de Joliette et région v. Les Sables des Milles Iles Ltée*, non rapportée, dossier de la C.R.T., no. 10100, cas R-1451, 11 novembre 1965.

⁸ *Ibid.*, 9.

⁹ *Le Syndicat des vendeurs d'automobiles du district de Québec (CSN) v. Giguère Automobiles Inc.*, [1967] R.D.T. 321, 327.

¹⁰ *Syndicat des professeurs du Québec v. Procureur général du Québec et Corporation des Enseignants du Québec*, [1970] T.T. 314, 317 par le j. Quimper.

oubliettes le passage de l'affaire *J.J. Joubert* où il est question que «the economic . . . ties . . . that bind the independant contractor will not convert his status to that of an employee unless . . .».^{10a} L'utilisation par la C.R.T. de l'expression «independant contractor» laisse présumer que lorsque la subordination économique est convertie en subordination juridique, l'«entrepreneur indépendant» devient «entrepreneur dépendant» et partant acquiert la qualité de salarié. Ce sera au niveau de l'interprétation des faits particuliers à chaque espèce qu'il conviendra de rechercher si la «conversion» s'est opérée. Cette approche aurait dû, selon nous, présider aux décisions dans les affaires de même nature que celle de *J.J. Joubert*. Malheureusement l'interprétation jurisprudentielle traditionnelle n'est pas en ce sens. Les tribunaux ont en effet complètement confondu le sens et la portée du passage précité de l'affaire *J.J. Joubert* avec l'interprétation rigide qu'a alors donné la C.R.T. des faits portés à sa connaissance.

La position de la C.R.T. sur l'analyse des faits impliqués dans l'espèce en cause est paradoxale. C'est en rappelant la nécessité d'une approche libérale que la C.R.T. s'attaqua d'abord à l'étude des faits. La Commission a signalé que pour déterminer si les vendeurs-distributeurs étaient restés des salariés en dépit de l'opération contractuelle qui en avait fait des entrepreneurs, elle devait rechercher si l'entreprise Joubert avait ou non agi de bonne foi. Une réponse positive impliquerait que les vendeurs-distributeurs étaient véritablement devenus sur le terrain de la réalité juridique des entrepreneurs indépendants. La question a été formulée comme suit:

It is quite clear that the company set out to convert the retailers from employees to independant contractors, or jobbers. The question is whether it really did so. In a nutshell, are the retailmen *bona fide* independent contractors, subject to a particular set of conventional provisions to cover the circumstances of the case, or are they still the employees they always were, their apparent status being simulated rather than real?¹¹

Cependant, au moment de rendre sa décision, la C.R.T. limite sa recherche aux éléments extérieurs de l'opération contractuelle. Un passage d'une importance capitale permet de comprendre pourquoi la C.R.T. a dénié la qualité de salarié aux vendeurs-distributeurs:

The overwhelming majority of the retailers took advantage of the offer, signed the said contract, and ever since they have carried on under its provisions.¹²

^{10a} *Food Drivers, Commission Salesmen, Dairy and Ice Cream Workers Local Union No. 973 v. J.J. Joubert*, 1965, file no. 1773-2-7-9 (Gold), 26.

¹¹ Voir note 3, 24.

¹² *Ibid.*

La C.R.T. ne s'est pas réellement préoccupée de rechercher si l'entreprise avait avant tout manoeuvré pour se débarrasser du syndicat requérant en accréditation. Une telle recherche était nécessaire, selon nous, pour apprécier la «bonne foi» de l'entreprise.

La conclusion de la C.R.T. sur les faits ne saurait être discutée. Elle contraste cependant avec le jugement rendu par la Cour supérieure dans l'arrêt *Lapierre v. J.J. Joubert Ltée*,¹³ Lapierre étant l'un des vendeurs-distributeurs. Dans cette dernière affaire qui en est une exclusivement de droit civil, il s'agissait d'une «action en réclamation de montants dûs en raison d'un contrat d'équipement pour la livraison du lait et achalandage de route, et demande d'annulation du contrat»,¹⁴ action comportant «demande reconventionnelle pour annulation dudit contrat au motif de la nullité, violence . . . et compensation des montants dûs réciproquement».¹⁵ Il est important de signaler que la Cour a placé le débat sur le terrain d'une «opération qui a consisté à faire perdre à l'employé son statut pour lui octroyer celui de vendeur indépendant».¹⁶ La conclusion du juge fut lapidaire:

Cette décision unilatérale et arbitraire de la demanderesse . . . a assurément causé au défendeur un tort non seulement pécuniaire, mais aussi réel et qui doit être pris en considération. En effet, l'opération qui a consisté à faire perdre à l'employé son statut pour lui octroyer celui de vendeur indépendant était nettement désavantageuse pour le défendeur.¹⁷

La Cour rendit conséquemment son jugement déclarant que le contrat était nul et de nul effet et que les parties devaient être replacées dans la même situation que si le contrat n'était pas intervenu entre elles.

Le rapprochement de l'analyse des faits effectuée réciproquement par la C.R.T. et la Cour supérieure témoigne que l'interprétation de la C.R.T. fut très rigide. Si la conclusion de ce dernier organisme avait été autre, l'orientation jurisprudentielle subséquente aurait été substantiellement modifiée. Il reste cependant que dans le contexte jurisprudentiel actuel de droit du travail, la qualification du salarié est assurée par la notion de dépendance juridique.

Il convient maintenant de préciser de quelle façon les tribunaux de droit du travail qualifient un «ordre de dépendance» de subordination juridique. Cette démarche nous permettra de vérifier si toute idée de rétention d'éléments économiques est définitivement rejetée dans l'articulation de cette notion. En d'autres termes, il s'agira de voir si un rapport «prima facie» d'ordre économique peut, en droit et en faits, être converti en dépendance juridique.

¹³ [1972] C.S. 476 par le j. Colas.

¹⁴ *Ibid.*, 477.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Ibid.*, 481.

¹⁷ *Ibid.*

(b) La qualification de la subordination juridique

La notion de subordination juridique n'est pas une notion originale de droit du travail. Il s'agit d'une norme civiliste. En conséquence il nous apparaît nécessaire de rappeler sommairement la perception qu'ont les tribunaux de droit civil de la notion avant de préciser l'articulation qui en fut faite par les tribunaux de droit du travail.

(i) *La dépendance juridique vue par les tribunaux de droit civil*

Selon les tribunaux de droit commun, il y a une coïncidence normale entre le rapport de commettant à préposé (lien de préposition) et celui d'employeur à salarié (contrat individuel de travail). L'un et l'autre résultent de la subordination juridique qui s'est établie entre deux personnes. L'illustration la plus classique qui donna l'occasion à la Cour suprême de préciser la nature de la subordination juridique reste l'affaire *Couture*.¹⁸ Le «droit de direction» fonde la subordination juridique:

Le contrat que nous avons à interpréter ne réservait pas à Québec Asbestos Corporation le droit de donner à Couture des ordres et des instructions sur la manière de remplir les fonctions qu'il avait acceptées. C'est ce droit qui fonde l'autorité et la subordination sans laquelle il n'existe pas de véritable commettant.¹⁹

La Cour suprême a eu en 1933 l'occasion de rappeler cette position de principe dans l'affaire *Grimaldi v. Restaldi*:

Il faut se demander qui avait le contrôle de l'employé au moment du fait qui a causé l'accident; et, à son tour, ce contrôle dépend du droit de donner des instructions et des ordres, du «droit de surveillance et de direction» (Dalloz, 1909-1-135).²⁰

Ces propos font indirectement ressortir que les termes employeur et commettant, et conséquemment les termes salarié et préposé, sont pris comme synonymes: commettant et employeur sont titulaires du «droit de direction», lequel consiste plus précisément dans le droit de donner des ordres sur le travail à accomplir, de contrôler les méthodes d'action et de vérifier les résultats.

Pour déterminer si une personne est titulaire ou non du «droit de direction», deux méthodes d'analyse ont été utilisées. La compréhension traditionnelle de la dépendance juridique, exprimée à travers l'expression «subordination juridique classique», veut que l'on s'en rapporte à la méthode du «control test» et que nous qualifions pour notre part de «contrôle technique de l'activité». Une approche plus récente s'en rapporte à la «méthode des indices».

¹⁸ *Québec Asbestos Corporation v. Couture*, [1929] R.C.S. 166.

¹⁹ *Ibid.*, 170.

²⁰ [1933] R.C.S. 489, 492 par le j. Rinfret.

Suivant l'approche civiliste traditionnelle, pour déterminer si une personne s'est réservée le «droit de direction», on doit rechercher si elle est en droit, en tant que rétenteur des services d'autrui, d'intervenir dans l'activité même du fournisseur. Plus précisément, il faut que l'utilisateur se soit réservé le droit d'assumer la «rationalisation technique du travail», laquelle se concrétise dans l'émission de directives techniques sur les méthodes d'action et dans le pouvoir d'intervention directe dans l'exécution du travail. Par exemple, dans une affaire récente, la Cour supérieure a refusé la qualité de salarié à un travailleur parce que «la défenderesse ne s'était jamais réservée le droit d'intervenir dans les travaux, ni de donner des directives au fur et à mesure de leur progression.»²¹

Cette façon de procéder est conforme à l'approche traditionnelle de la Cour suprême et des tribunaux inférieurs. Elle permet d'expliquer pourquoi on a pendant longtemps présumé que les membres des corporations professionnelles ne pouvaient pas être reconnus en relation de subordination juridique avec un soi-disant employeur qui ne possédait pas lui-même la capacité légale d'exercer la profession. Cette présomption s'est avérée sans fondement lorsque les tribunaux ont dû se prononcer sur la possibilité pour les professionnels d'être considérés comme salariés.

L'utilisation de la méthode du «contrôle technique» n'a pas survécu à l'épreuve du temps. De nos jours, les tribunaux qualifient plutôt le salarié à partir de la «méthode des indices», une technique fort en usage chez les organismes quasi-judiciaires de droit du travail. Une jurisprudence solidement établie et émanant notamment de la Cour suprême permet d'affirmer que l'on peut conclure à l'existence de la subordination juridique à partir d'un ensemble d'indices variables permettant de constater que l'utilisateur des services humains s'est réservé le «droit de diriger, contrôler et vérifier» par la «rationalisation organisationnelle du travail». En d'autres termes, il n'est plus nécessaire que l'utilisateur des services puisse intervenir dans l'accomplissement technique de l'activité; il suffit qu'il soit titulaire d'un pouvoir général d'organisation et d'administration du travail à effectuer (rationalisation organisationnelle).

Cette méthode a permis aux tribunaux de qualifier les médecins comme salariés²² même si les hôpitaux ne peuvent diriger, contrôler

²¹ *Fenêtres et Vitraux C.M. Ltée v. Bélanger*, [1969] C.S. 590, 595 par le j. Nichols.

²² *Martel v. Hôtel-Dieu St-Vallier*, [1969] R.C.S. 745; *Beausoleil v. La communauté des Soeurs de la Charité de la Providence*, [1965] B.R. 37; *Cardin v. Cité de Montréal*, [1961] R.C.S. 655; *The Sisters of St. Joseph v. Fleming*, [1938] R.C.S. 172.

et vérifier les activités professionnelles sous l'angle de la «rationalisation technique». C'est, selon notre prétention, ce que l'on doit conclure de la nouvelle orientation jurisprudentielle.²³ Les indices utilisés par les tribunaux sont excessivement variables: obligation de disponibilité sur demande, obligation d'être sur les lieux de travail à certaines heures précises, obligation de faire des rapports hebdomadaires, mensuels, etc., obligation de faire approuver les méthodes d'action, et autres.

En somme, la notion de dépendance juridique reste imprégnée en droit commun de l'idée d'une appropriation par une personne du travail d'autrui. Cette appropriation n'est cependant pas perçue en termes économiques, laquelle imposerait de rechercher dans quelle mesure un individu voit le revenu tiré de son travail conditionné de façon impérative par autrui. Elle est surtout perçue en termes de contrôle de la rationalisation technique et organisationnelle du travail.

(ii) *La formation de la subordination juridique par les organismes quasi-judiciaires de droit du travail*

La Commission des relations du travail et les organismes qui lui ont succédé ne se sont pas embarassés de préciser ce que l'on devait entendre par subordination juridique. On a référé directement à l'idée du «droit de direction» mise de l'avant par les tribunaux de droit commun. Par contre, pour déterminer si une personne est titulaire ou non du droit de direction, les organismes du travail ont fait preuve d'une certaine originalité. La première méthode d'analyse est connue sous le qualificatif de «fourfold test». La seconde a déjà été signalée; il s'agit de la «méthode des indices».

La méthode du «fourfold test» a été utilisée dans les affaires du type de *J.J. Joubert Ltée*, savoir des espèces où l'on avait à déterminer si les travailleurs étaient des entrepreneurs indépendants ou des entrepreneurs dépendants (salariés). Suivant cette méthode, quatre critères doivent être retenus pour distinguer le salarié de l'entrepreneur indépendant:

...we have applied the "fourfold test" a complex involving (1) control; (2) ownership of the tools; (3) chance of profit; (4) risk of loss... The division, however, is merely for the sake of convenience; each element is necessarily related to the other and it is all of the elements together, with the necessary interplay between them, that constitute the real relationship between the parties.²⁴

Comme la C.R.T. et ses successeurs ont toujours affirmé que la seule subordination juridique permet d'acquérir le statut de salarié,

²³ *Ibid.*

²⁴ Voir note 3, 32.

cette méthode du «fourfold test» doit être considérée à la limite comme une technique d'analyse de l'existence ou de l'inexistence de ladite subordination juridique. Elle ne peut pas être perçue comme une technique de qualification du salarié qui impliquerait que puisse être identifié en cette qualité un travailleur non en relation de subordination juridique. La méthode permet de déterminer si le «droit de direction» est assumé par le rétenteur des services d'autrui sous l'angle du contrôle économique de l'activité. En d'autres termes, il ne suffit plus de se placer dans l'optique traditionnel de la recherche du contrôle technique («control test») ou organisationnel (méthode des indices) du travail humain. Il faut prendre en considération des données de nature économique: la chance d'un profit, le risque d'une perte monétaire. Ces éléments restent cependant sous la coupe de l'économie traditionnelle du droit commun. C'est la conclusion qui s'impose à la lumière du contexte qui a présidé à l'étude qu'a faite la C.R.T. du «fourfold test», ce dans l'arrêt *J.J. Joubert*:

Furthermore the traditional *droit commun* distinction between "employee" and "independent contractor" is entirely consistent with the definition of "employee" in the Code.²⁵

L'utilisation du «fourfold test» réfère donc directement à cette mise en contexte. Cette dernière en est carrément une de recherche du «droit de direction», la norme de distinction du droit commun. Cette méthode fut ré-utilisée de la même façon et avec des résultats identiques dans des espèces de même nature que celle de *J.J. Joubert*. Elle a conduit à un rejet généralisé des requêtes en accréditation. La qualité de salarié fut notamment refusée à des camionneurs-artisans,²⁶ à des vendeurs-distributeurs,²⁷ à des livreurs dits entrepreneurs.²⁸ Dans ces différentes affaires on a conclu à l'inexistence de la subordination juridique même si le fournisseur du matériel contrôlait les prix, la clientèle, la publicité et les heures de vente ou de distribution des travailleurs. On peut se surprendre des résultats concrets de ces espèces jurisprudentielles car, initialement, le «fourfold test» a été pensé pour libéraliser la qualification du salarié.

La paternité de la méthode du «fourfold test» ne revient pas à la C.R.T.. C'est le Comité judiciaire du Conseil privé qui l'a mise de

²⁵ *Ibid.*, 3.

²⁶ *Le Syndicat des travailleurs forestiers de la Gaspésie v. Consolidated Bathurst Ltd. et Fraternité internationale des travailleurs de l'industrie des pâtes et papiers*, [1970] C.E. 1190.

²⁷ *Union internationale des ouvriers de brasseries, farine, céréales, liqueurs douces v. Syndicat des employés de Paul Morency Inc. et Paul Morency Inc.*, [1972] C.E. 80.

²⁸ *Syndicat des employés de Buanderie Rimouski v. Nettoyeur St-Robert Inc.*, [1972] C.E. 399.

l'avant dans une affaire qui ne concernait pas l'identification du salarié au sens du Code du travail mais dans une espèce où la distinction entre salarié et entrepreneur au sens du droit commun était en cause.²⁹ Le Comité a clairement indiqué que cette méthode devait être utilisée pour qualifier le salarié à partir, sinon d'une norme, tout au moins d'une technique distincte de celle employée traditionnellement pour identifier le préposé:

In earlier cases a single test, such as the presence or absence of control, was often relied on to determine whether the case was one of master and servant, mostly in order to decide issues of tortious liability on the part of the master or superior. In the more complex conditions of modern industry, more complicated tests have often to be applied. It has been suggested that a fourfold test would in some cases be more appropriate... Control in itself is not always conclusive.³⁰

Cette mise en contexte établie, le Conseil privé accorda une grande importance à la dimension économique de la relation entre les parties pour déterminer si elle mettait en présence un employeur et un salarié:

In many cases the question can only be settled by examining the whole of the various elements which constitute the relationship between the parties. In this way it is in some cases possible to decide the issue by raising as the crucial question whose business is it, or in other words by asking whether the party is carrying on the business, in the sense of carrying it on for himself or on his own behalf and not merely for a superior.³¹

Les propos du Conseil privé sont on ne peut plus explicites. La qualification du salarié, même en droit commun, peut être ramenée sur le terrain économique, une voie qui est appuyée, comme nous le verrons ultérieurement, par les politiques législatives d'aménagement des relations du travail. Replacées dans ce contexte, les décisions jurisprudentielles des rapports collectifs du travail apparaissent restrictives. Elles ont vidé le «fourfold test» de son véritable sens et de sa portée. Une plus grande utilisation des données «chance de profit et risque de perte» aurait dû être faite de façon à déterminer si le travailleur est subordonné juridiquement sous l'angle du contrôle de l'activité économique.

L'interprétation restrictive à laquelle a conduit l'utilisation du «fourfold test» contraste avec l'orientation qui s'est dégagée dans les espèces où étaient en cause des travailleurs qui ne présentaient pas les caractéristiques des vendeurs-distributeurs et autres entrepreneurs dits dépendants. En parallèle avec la méthode précitée, la

²⁹ *Montréal v. Montréal Locomotive Works Ltd.*, [1947] 1 D.L.R. 161.

³⁰ *Ibid.*, 169 par Lord Wright au nom de la Cour.

³¹ *Ibid.*

C.R.T. et ses successeurs ont surtout travaillé avec la «méthode des indices». Cette technique fut mise plus particulièrement de l'avant par la C.R.T. en 1967 dans l'arrêt *Giguère Automobiles*.³² On a conclu à la subordination juridique parce que le vendeur d'automobiles devait: 1) se présenter régulièrement chez son employeur; 2) faire un rapport journalier de ses activités; 3) faire son tour de devoir sur le plancher de la salle d'exposition; 4) limiter ses tentatives de vente d'automobiles aux marques et modèles que possède l'employeur; 5) faire approuver tout contrat; 6) aviser de ses absences.³³ Dans cette affaire, on constate que le détachement de la méthode dite du «control test» est d'autant plus évident que le commissaire Forget a pris la peine, en dissidence, de souligner que l'on devait s'en tenir à la technique traditionnelle:

... le critère fondamental et prééminent du lien de subordination est le droit pour l'employeur de donner des ordres à l'employé sur la façon d'exécuter le travail et d'exercer un contrôle sur la manière dont l'employé exécute le travail. Une direction et un contrôle lointains et de caractère général ne suffisent donc pas à créer le lien de subordination qui donnerait lieu à l'application du Code du travail.³⁴

En fait, la distinction entre la position du commissaire dissident et celle des commissaires majoritaires dans cette espèce semble être que le premier comprend le «droit de direction» exclusivement en fonction de la notion de la «rationalisation technique du travail», tandis que les seconds articulent ce pouvoir en regard de données relevant de la compréhension de la notion de la «rationalisation organisationnelle du travail».

La «méthode des indices» fut par la suite généralement utilisée. Elle fut notamment prise en considération pour qualifier de salariés des chauffeurs de taxi,³⁵ des chercheurs à l'emploi d'une université,³⁶ des travailleurs composant une équipe de travail,³⁷ et d'autres catégories de travailleurs.³⁸ Cette technique peut même être considérée comme la position de principe guidant les organismes de droit du travail. Elle a même été dégagée par les arbitres de griefs:

³² Voir note 9.

³³ *Ibid.*, 328 et 329.

³⁴ *Ibid.*, 333.

³⁵ *Association professionnelle des chauffeurs de taxi de la Ville de Québec v. Beaumont*, [1970] C.E. 300.

³⁶ *Syndicat national des employés de l'Université Laval v. Université Laval*, [1970] C.E. 1241.

³⁷ *Syndicat des travailleurs forestiers de Murdock v. Murdock Lumber Inc.*, [1971] C.E. 893; confirmé par [1972] T.T. 49.

³⁸ *Syndicat national des ateliers mécaniques et garages de Chicoutimi v. Potvin Tire Service Ltée*, [1970] C.E. 640; *Syndicat des fonctionnaires municipaux de la Cité de Sainte-Foy v. Cité de Sainte-Foy*, [1971] C.E. 896; *Syndicat*

Comme question de principe, vos arbitres, monsieur le ministre, croient qu'une simple direction générale de travail est suffisante pour qu'il y ait lieu à contrat de travail...³⁹

La «méthode des indices» se limite en somme à la recherche d'un pouvoir de direction de caractère général. Cette technique d'analyse ne retient pas cependant, contrairement au «fourfold test», des données d'ordre économique.

En définitive, dans l'état actuel de la jurisprudence du droit des rapports collectifs du travail, la subordination juridique reste l'élément spécifique permettant de qualifier un travailleur comme salarié. Tel que signalé, la dépendance juridique s'entend du «droit de direction». C'est par l'utilisation parallèle, selon les cas d'espèces, de la «méthode des indices»⁴⁰ et du «fourfold test»⁴¹ que les tribunaux du travail recherchent si, dans les faits, le «droit de direction» existe. Ces tribunaux n'ont jamais retenu, sauf au niveau des énoncés de principe, les données d'ordre économique. Cette orientation impose de conclure que la dépendance juridique est une norme inappropriée en matière de qualification du salarié. Il convient maintenant de vérifier l'exactitude de cette affirmation.

II. L'inopportunité de l'appel à la dépendance juridique

Les affaires *J.J. Joubert Ltée*⁴² et *Montreal Locomotive Works Ltd.*⁴³ ont partiellement axé le débat concernant la qualification du salarié sur le terrain de la réalité économique. Il n'y a malheureusement pas eu de suite pratique à cette orientation. C'est dans ce seul contexte de l'ignorance des données d'ordre économique que l'appel à la dépendance juridique nous apparaît comme une norme inappropriée. Plusieurs observations nous permettraient de conclure en ce sens. Nous ne retiendrons ici que trois d'entre elles. Nous nous attacherons d'abord à l'impact des politiques législatives en matière d'organisation des relations du travail. Ces politiques témoignent que le droit du travail, dans ses principales manifestations, a pour substratum un contexte juridique de réglementation des formes et des effets d'une relation d'ordre économique. Ce droit n'a été et n'est encore que l'ensemble des règles juridiques qui, dans le temps, adaptent à la

national des employés de la Commission scolaire régionale Lalonde v. Commission scolaire Lalonde, [1972] C.E. 498.

³⁹ *La Traverse de Lévis Ltée v. Le District 50, United Mine Workers of America*, local 14,266, [1964] R.D.T. 226, 229.

⁴⁰ Voir notes 9 et 35 à 39.

⁴¹ Voir notes 3 et 26 à 28.

⁴² Voir note 3.

⁴³ Voir note 29.

conjoncture socio-économique les effets normaux qui devraient résulter des grands principes qui sous-tendent la compréhension du rapport de travail: le travailleur propriétaire d'une chose, sa force de travail, loue sa propriété à l'employeur-locataire dans un contexte d'individualisme et de libéralisme juridiques. Les législations du travail n'ont pour but que d'assainir et de rétablir l'équilibre dans le marchandage conduisant à l'acquisition de ces instruments de travail que figurent encore en droit de nos jours le corps et le cerveau humains. En d'autres termes, la relation de travail a été et est toujours perçue comme un rapport d'échange d'ordre économique (en a). Partant, la qualification du salarié devrait être débattue sur le même terrain (en b). Enfin, nous rappellerons les dangers de l'emprunt de la subordination juridique, une norme conçue dans sa perception actuelle pour les fins de la responsabilité civile (en c).

(a) *L'objet des politiques législatives d'aménagement des relations du travail: la réglementation des formes et des effets d'une relation d'ordre économique*

Bien qu'il fut traditionnellement et généralement compris comme un droit d'exception, le droit du travail n'a été pensé et conçu qu'en prenant pour assise le schéma des pouvoirs et des rôles que la société a accordé aux personnes impliquées dans ce rapport social particulier qu'est la relation de travail. Ce schéma ayant été précisé au contrat de louage de services personnels (contrat individuel de travail), lequel précise une relation d'ordre économique, le Droit du travail a construit son armature sur le terrain de la réalité économique. C'est pourquoi convient-il d'examiner d'abord en quoi, comment et pourquoi le schéma de référence de la compréhension de la nature des rapports sociaux visés par les lois du travail en est un de caractère économique. Nous rechercherons par la suite s'il est exact que la législation du travail n'a été que l'occasion, de par sa philosophie de base, de la véhiculation dans les relations collectives du travail de ce substratum économique. Le projet de l'Office de revision du Code civil nous permettra de conclure sur le maintien de l'orientation économique.

(i) *La relation d'ordre économique: le marchandage du travail humain*

Lorsque le législateur québécois dut, en 1867, se pencher sur la formule d'aménagement des relations du travail, il était normal qu'il fit alors un choix qui s'inscrivait dans la ligne de pensée sous-tendant le système politico-social de l'époque. Rappeler intégralement ce système passerait vite au rang de poncif. Il suffira ici d'évoquer les grandes lignes du libéralisme économique qui était alors en plein

épanouissement. Le libéralisme économique dans sa formule originale interdit à l'Etat de s'immiscer dans les affaires économiques; celles-ci doivent rester l'oeuvre du secteur privé. L'échange des richesses et des services atteint en effet l'optimum, suivant le libéralisme, par l'initiative individuelle. L'activité économique n'a pour moteur que l'intérêt personnel et individuel, intérêt qui ne saurait exister que dans la mesure où l'on reconnaît que les biens n'ont de sens par rapport à l'homme que s'ils peuvent être appropriés. C'est dans l'approbation dont les biens peuvent faire l'objet que l'activité économique doit pouvoir trouver son fondement naturel. La libre concurrence entre particuliers, placés sur un pied d'égalité et dans des conditions identiques, fera triompher les meilleurs. La notion de propriété, d'appropriation plus exactement, favorisera et développera l'intérêt personnel. Toute institution juridique devra dès lors, pour assurer le maintien des principes sous-jacents au libéralisme et à l'individualisme, structurer les relations humaines et sociales en laissant la plus grande initiative aux individus et en fonction de l'appropriation.

Le système juridique québécois élaboré en 1867 s'inspire de ces grands principes du libéralisme économique. Le fondement juridique des rapports sociaux apparaît en 1867 comme la volonté et non la loi. Cette dernière ne saurait intervenir qu'au niveau de la sanction, comme un adjuvant à la loi. Les individus doivent pouvoir aménager sans ingérence de l'Etat leurs rapports en «contractant», c'est-à-dire en parvenant à un accord de volontés. Tout contrat est conséquemment et forcément juste car il est l'expression des volontés de ceux qui s'obligent. A l'encontre, toute restriction de la liberté extérieure est odieuse et doit être limitée au minimum. Seule la conformité à l'ordre public et aux bonnes moeurs représente une condition absolument générale que tous doivent respecter. Sur cette base les individus peuvent aménager à leur gré leurs rapports juridiques. Dans la sphère de l'activité économique, qui ne vise par essence que des biens, le droit aménage les rapports entre les hommes sur les biens en consacrant le pouvoir juridique qu'à une personne de retirer des utilités économiques de ces biens. La notion du droit de propriété est la consécration ultime du système. Cette pré-éminence ainsi reconnue à la volonté des parties et au droit de propriété recevra en matière des rapports de travail une application remarquable.

Le droit du travail n'a donc été à l'origine qu'un contrat de droit civil. La convention par laquelle un salarié s'engage à exécuter une prestation de travail pour un employeur est dénommée contrat de service personnel⁴⁴ et est classé parmi les espèces de louage d'ouvra-

⁴⁴ Code civil, art. 1667 à 1671.

ge,⁴⁵ ce dernier contrat n'étant lui-même jusqu'à récemment qu'une variété, à côté des choses, du contrat de louage.⁴⁶ Le contrat à cette époque est significatif: le travailleur donne à bail ses services, au même titre qu'une chose, et l'employeur, jouant le rôle de locataire, lui verse un loyer sous forme de salaire. Le procédé par lequel s'élabore la location est celui du droit commun: la volonté des parties détermine librement les obligations réciproques du patron et du salarié. C'est là l'affirmation que dans les relations du travail tout est contractuel. L'employé apparaît tout à la fois partie et objet du contrat. A titre de partie, il doit négocier librement et par sa seule force de persuasion les termes du contrat. Il en découle logiquement que les conditions de travail seront fixées par la loi de l'offre et de la demande. L'activité humaine n'est en définitive considérée essentiellement que comme un bien objectif au même titre qu'une chose: la force de travail apparaît comme une marchandise négociable. Si l'on préfère, la force de travail (il serait plus exact de dire le corps et le cerveau mêmes du travailleur), devient un objet de location à propos duquel les parties à la négociation discuteront de la valeur d'acquisition et des mesures de protection à apporter pour la conservation de la chose. Dans les faits, la valeur de cette chose correspond à de la valeur ajoutée: propriété du travailleur, cette chose s'ajoute à une autre chose, la propriété matérielle de l'employeur, dont elle augmente la valeur.⁴⁷ Le Législateur s'en tient en cette matière à son approche civiliste où la notion de propriété apparaît comme la pierre angulaire de l'aménagement du système juridique. C'est, en définitive, un rapport d'échange, une relation d'ordre économique que le législateur aménage et consacre par le contrat individuel de travail. Cette philosophie de politique législative marquera de son empreinte le droit des rapports collectifs du travail.

(ii) *La véhiculation du caractère économique dans le droit des rapports collectifs: la recherche de l'équilibre des négociants.*

Les lois passées par l'Etat pour la mise en place des rapports collectifs du travail marquent une rupture avec l'individualisme mais respectent les idéaux du libéralisme. Elaborées parallèlement au droit commun, elles restent sous la coupe de l'économie libérale. Le grou-

⁴⁵ *Ibid.*, art. 1666.

⁴⁶ *Ibid.*, art. 1600, remplacé par la *Loi concernant le louage de choses*, L.Q. 1973, ch. 74, qui distingue le «louage de choses» (art. 1600) et le «louage d'ouvrage» (art. 1665a).

⁴⁷ A l'appui, voir les articles 2009 et 2013 du Code civil qui accordent à l'ouvrier un privilège sur l'immeuble du débiteur, privilège calculé à raison de la plus-value donnée à l'immeuble.

pement est devenu licite mais il ne peut résulter que de la libre volonté des adhérents et doit respecter cette liberté. Dans sa partie étatique, le droit des rapports collectifs n'a pas pour objet de réglementer directement les conditions de travail. Il tend à équilibrer le pouvoir de négociation du salarié avec celui de l'employeur. Le Code du travail, lequel représente le parachèvement de l'évolution des lois en la matière, en témoigne. A la base, le Code organise les parties aux rapports de travail d'après les deux grandes libertés indispensables à la vie professionnelle et à l'égalité des parties qui s'affrontent sur le marché du travail: la liberté d'association tant pour les travailleurs que pour les employeurs,⁴⁸ et la liberté de négocier les conditions de travail.⁴⁹ Il établit un système de groupe: d'une part le salariat et d'autre part le patronat, lesquels doivent s'organiser chacun de leur côté et avoir leurs propres associations composées uniquement de patrons ou de salariés.⁵⁰ L'association de salariés accréditée jouit du monopole de la représentation. Les parties à la négociation étant identifiées et précisées, le législateur intervient le moins possible dans les relations entre ces deux groupes. Tout au plus fixe-t-il certaines règles destinées à stimuler les relations: établissement d'un protocole pour assurer la rencontre des parties et favoriser la conclusion d'une convention collective.⁵¹ Dans les faits, les parties marchandent l'acquisition du travail humain; elles négocient, selon l'expression courante, un «contrat collectif». L'assiette juridique telle qu'elle existe présentement ne permet pas de comprendre le régime de la négociation collective et son résultat pratique, la convention, comme un ensemble de mécanismes et de moyens contribuant à une définition des rôles et pouvoirs respectifs de différents groupes qui jouiraient de statuts à l'intérieur d'une société organisée de travail ayant une finalité sociale (entreprise). En d'autres termes, si le droit des rapports collectifs assure une protection aux salariés en rétablissant l'équilibre contractuel entre eux et l'employeur, il reste néanmoins représentatif d'un syndicalisme d'affaires.

En définitive, la législation québécoise du travail s'est nourrie de la conception du travail humain — marchandise proposée par la société libérale traditionnelle. Tant et aussi longtemps que les hommes politiques n'auront pas pris conscience qu'ils ont reçu mandat de changer ce fond de scène, la législation future conservera la même orientation. On soutient cependant que des changements majeurs dans les assises du droit du travail ne sauraient tarder. Ce n'est pour-

⁴⁸ S.R.Q. 1964, ch. 141 et mod., art. 3 et 10.

⁴⁹ *Ibid.*, art. 1(e), 50.

⁵⁰ *Ibid.*, art. 1(a), 1(d) et 11.

⁵¹ *Ibid.*, art. 40 à 46.

tant pas dans ce sens que s'aligne le projet du Comité du contrat de travail de l'Office de revision du Code civil.

(iii) *L'impact de l'adoption éventuelle du nouveau contrat individuel de travail*

Dans l'optique du Comité du contrat de travail de l'office de revision du Code civil,⁵² toute la législation du travail, y compris la convention collective, s'inscrit dans le prolongement du droit civil, du contrat individuel de travail.⁵³ Or, même si le nouveau contrat de travail ne sera plus perçu comme un louage de services puisque l'appellation a été «écartée pour faire place à un concept plus conforme à la réalité contemporaine»,⁵⁴ nous nous retrouvons néanmoins devant un rapport d'échange de nature purement économique: «faire quelque chose pour le locataire moyennant un prix». ^{54a} L'idée d'un contexte juridique fondé sur la collaboration des salariés et des détenteurs du capital oeuvrant, dans la défense de leurs intérêts respectifs, à la réalisation de la finalité sociale de l'entreprise, substratum appelant des rapports sociaux de type particulier prenant appui sur la notion «d'entreprise», semble définitivement compromise. Les lois du travail auront désormais beaucoup à faire pour construire une entreprise institutionnalisée ayant un rôle social clairement défini.

(iv) *Le sens de l'évolution législative*

Il est exact, comme l'ont affirmé les tribunaux, que l'intention législative au Code du travail a été de viser les salariés et non pas les entrepreneurs indépendants. Pour établir la distinction, il aurait cependant fallu référer à une donnée traduisant le fait que le rapport de travail a essentiellement été perçu comme une relation d'ordre économique, travail contre rémunération, dans un contexte où l'exécutant ne peut pas «capitaliser» par et pour son activité de travail.

(b) **La dépendance économique, norme suffisante pour concrétiser l'intention législative**

Les affaires *Montréal Locomotive Works Ltd.* et *J.J. Joubert Ltée*⁵⁵ nous ont donné l'occasion de signaler que la subordination économique aurait pu être retenue pour distinguer le salarié de l'entre-

⁵² *Rapport du Comité du contrat de travail* (1969, Office de revision du Code civil, Montréal).

⁵³ *Ibid.*, art. 4. Voir les *Notes explicatives générales des auteurs du Rapports*, deuxième paragraphe des notes.

⁵⁴ *Ibid.*, art. 1. Voir les *Notes explicatives particulières des auteurs du Rapport* sur l'art. 1.

^{54a} Code civil, art. 1665a.

⁵⁵ Voir notes 3 et 29.

preneur indépendant. En fait, c'est la jurisprudence américaine qui rend le mieux compte de la nécessité de référer au substratum économique. Au départ il convient de rappeler que la définition du salarié au Code du travail du Québec a le même sens et la même portée que celle qui apparaissait à la *Loi des relations ouvrières*.⁵⁶ La jurisprudence est en ce sens.⁵⁷ Or, la définition dans la Loi visait essentiellement les mêmes travailleurs que la loi américaine de 1935, ce dans un contexte d'aménagement des rapports collectifs à peu de chose identique. D'après l'interprétation jurisprudentielle américaine, ce n'est qu'à la suite de l'amendement de 1947 à la loi de 1935 que les données purement économiques ne purent plus être considérées comme substratum de la technique de qualification du salarié. Comme le législateur québécois n'a jamais adopté une modification du type de celle adoptée en 1947 par le législateur américain, il est logique de concevoir que l'approche des tribunaux américains eût parue acceptable en droit québécois. Dans cette mesure nos tribunaux auraient pu contribuer à préciser les éléments constitutifs de la notion de dépendance économique comme critère d'assujettissement à la législation. Voyons maintenant comment se sont exprimés les tribunaux américains.

Sous l'empire de la loi de 1935,⁵⁸ les tribunaux américains ont jugé que les objectifs de cette dernière ne pouvaient être atteints que dans la mesure où la distinction entre salarié et non-salarié se moulerait sur la situation économique respective des parties au conflit de travail. Dans la première espèce d'importance, l'affaire *Hearst Publications Inc.*, la Cour suprême souligna spécifiquement cette nécessité:

In this light, the broad language of the Act's definitions, which in terms reject conventional limitations on such conceptions as "employee", "employer" and "labor dispute", leaves no doubt that its applicability is to be determined broadly, in doubtful situations, by underlying economic facts rather than technically and exclusively by previously established legal classifications.⁵⁹

En 1947, la Cour suprême, après avoir constaté une hésitation des tribunaux inférieurs à appliquer le critère, rappela carrément, dans l'arrêt *Silk*, que telle devait être la solution aux relations du travail:

We concluded that, since that end was the elimination of labour disputes and industrial strike, "employees" included workers who were such as a

⁵⁶ S.R.Q. 1941, ch. 162-A, art. 2(a).

⁵⁷ *L'association des principaux d'écoles de Québec v. La Commission des écoles catholiques de Québec*, [1966] R.D.T. 321; *Union des employés de commerce, loc. 500 (R.C.I.A.) v. J.J. Joubert Ltée*, *supra*, note 3.

⁵⁸ *American National Labour Relations Act of 1935 (Wagner Act)*, 49 Stat. 449, s.7.

⁵⁹ *Hearst Publication Inc. v. N.L.R.B.*, 322 U.S. 111, 128, 129 (1944).

matter of economic reality... We rejected the test of "technical concepts pertinent to an employer's legal responsibility to third persons for acts of his servants".⁶⁰

Tout comme l'affaire *Hearst*, l'arrêt *Silk* fit l'objet d'une controverse doctrinale.⁶¹ Les tenants d'un retour à un critère plus près du droit commun eurent gain de cause avec l'adoption du *Labour Management Relations Act*.⁶² Suite à l'adoption de cette dernière loi, la Cour refusera le critère dégagé dans l'arrêt *Hearst* pour des travailleurs de la même catégorie. Elle s'expliqua dans l'affaire *Kansas City* comme suit:

The amended Act... specifically excluded independent contractors from the category of "employees". The legislative history in this connection, shows that Congress intended that the Board recognizes as "employees", those who "work for wages or salaries under direct supervision", and as "independent contractors", those who undertake to do a job for a price, decide how it will be done, usually hire others to do the work and depend for their income not upon wages, but upon the difference between what they pay for goods, materials and labor and what they receive for the end result, that is, upon profit.⁶³

Face à ces décisions de la Cour suprême des Etats-Unis, nous ne pouvons que conclure avec Me Fernand Morin que les tribunaux québécois ont interprété trop restrictivement la définition du Code:

Refusant expressément d'utiliser le critère de la subordination économique, la Commission des Relations du travail s'appuyait alors sur une décision du N.L.R.B. américain. Or faut-il faire remarquer que la définition du salarié au Code du travail ne contient pas l'exception qui fut ajoutée à la loi américaine et qui se lit comme suit: "Independent contractors who depend upon profits, rather than commissions or wages for their income."⁶⁴

Par la subordination économique, formulée juridiquement, les tribunaux québécois auraient empêché les relations du travail d'être sous la coupe d'une norme technique qui ne peut être, dans un avenir rapproché, que préjudiciable à leur économie. C'est ce qu'il convient maintenant de démontrer.

(c) Les dangers de l'emprunt de la subordination juridique: une norme conçue pour les fins de la responsabilité civile

Si l'évolution de la problématique législative en matière d'aménagement des relations du travail permet de constater que la dépendance juridique, telle que formulée actuellement, n'est pas des plus

⁶⁰ *United States v. Silk*, 331 U.S. 704, 713 (1946).

⁶¹ Sur la controverse: Cox, *Some Aspects of the Labour-management Relations Act*, (1947-48) 61 *Harv.L.R.* 1, 4 *et seq.*

⁶² 80th Cong., 1 sess., 1947, c.120 (Taft-Hartley Act).

⁶³ 76 N.L.R.B. 384, 388, (1948).

⁶⁴ Morin, *L'accréditation syndicale au Québec*, 25 *R.I.*, no. 3, 401, 409.

appropriée pour expliciter de façon convenable le rattachement du salarié à l'employeur, l'avenir pourra attester plus catégoriquement de la véracité de cette conclusion. Un indice d'une importance particulière laisse présumer que le rapport de dépendance juridique sera articulée plus rigide. Mais ce n'est pas seulement ce danger d'une articulation plus rigide de la notion qui importe. L'assimilation employeur et commettant est en elle-même inopportune; elle risque de préjudicier au travailleur qui revendique le statut de salarié.

(i) *L'articulation éventuelle plus rigide de la notion de subordination juridique*

A plus ou moins longue échéance, les interprètes du droit du travail devront comprendre la notion de subordination juridique dans son sens classique et technique. En effet, l'Office de revision du Code civil, par son Comité sur le contrat individuel de travail,⁶⁵ a marqué son attachement au critère classique:

Le contrat de travail est celui par lequel une personne s'oblige envers une autre à effectuer, selon ses instructions et sous sa direction, pendant un certain temps, un travail matériel ou intellectuel, moyennant rémunération.⁶⁶

Il est à noter que les membres du Comité ont précisé eux-mêmes le sens et la portée de ce texte:

Cette définition met en relief l'attribut principal du contrat de travail: le lien de préposition caractérisé par le pouvoir de contrôle de l'employeur sur l'employé, tant sur la fin recherchée que dans les moyens utilisés; il importe peu que ce droit soit ou non effectivement exercé.⁶⁷

Comme les tribunaux de droit du travail ont toujours affirmé que le salarié se qualifie par le contrat individuel de travail, ils ne pourront ignorer l'orientation proposée par l'Office si elle est retenue par le législateur. Dans cette perspective, l'assimilation suggérée de l'employeur et du commettant sera de plus en plus accentuée. Un tel mouvement ne peut qu'être préjudiciable à une saine compréhension de la notion de salarié.

(ii) *L'inopportunité de l'assimilation «employeur et commettants»*

L'identification du salarié par la même norme que le préposé risque de compromettre soit l'économie de la responsabilité civile, soit celle des relations du travail, voire les deux.

A cause de l'économie qui sous-tend la compréhension de la responsabilité civile du commettant pour son préposé, une matière de

⁶⁵ Voir note 52.

⁶⁶ *Ibid.*, art. 1.

⁶⁷ *Ibid.*, 5.

droit civil,⁶⁸ il peut être exact que la qualification du préposé appelle des exigences techniques particulières. Dans un article fort intéressant portant sur le problème de la responsabilité contractuelle et délictuelle,⁶⁹ Me C. Stein conteste la solution adoptée par la Cour suprême dans l'affaire *Martel* et autres de même nature⁷⁰ sous l'angle de l'identification du préposé. Il souligne, entre autres observations et après étude de la jurisprudence, qu'un médecin salarié d'un hôpital n'est pas son préposé pour les fins des services professionnels qu'il fournit aux clients de l'hôpital. Il est important de signaler que Me Stein ne conteste pas le fait qu'un médecin puisse être salarié d'un hôpital. Il dégage essentiellement qu'il ne peut être préposé de l'hôpital parce que ce dernier n'a pas la capacité de poser des actes médicaux.⁷¹

Pour Me Stein, l'acquisition de la qualité de commettant n'est possible que si l'employeur possède la capacité légale d'exercer telle ou telle activité. La subordination juridique, comme critère d'identification du préposé, doit tenir compte de cet impératif. A la limite on doit conclure que la dépendance d'ordre juridique doit être formulée sous l'angle du contrôle technique de l'activité. Dans la mesure où la thèse avancée par Me Stein est acceptée, salarié et préposé ne peuvent plus être identifiés par la même norme car les impératifs des relations individuelles et collectives du travail exigent que le salarié soit qualifié non seulement par la subordination juridique conçue de façon large (simple pouvoir de gestion-administration recherché par la méthode des indices) mais élargie davantage dans l'avenir pour prendre en considération des éléments d'ordre économique.

L'assimilation de l'employeur et du commettant n'est donc pas des plus opportunes. La théorie du patron momentané en atteste davantage. L'idée générale de la responsabilité du commettant est que chacun doit répondre du dommage causé aux tiers par les personnes qui sont sous sa surveillance. Le commettant est responsable du préposé agissant dans l'exercice de ses fonctions. Or, il est arrivé que les tribunaux ont dans maintes situations difficiles hésité entre deux commettants théoriquement concevables, soit le patron habituel et un tiers à qui il semble avoir transféré ses pouvoirs. L'exemple classique est le cas d'un employeur qui place ses salariés à la disposition temporaire d'un autre employeur moyennant considération monétaire. Pour identifier le véritable commettant il faut, selon la

⁶⁸ Code civil, art. 1054, der. al.

⁶⁹ Stein, *Le contrat, cet inconnu*, (1972) 32 R. du B. 369, 378 et 379.

⁷⁰ Voir note 22.

⁷¹ Voir note 69, 379.

jurisprudence, rechercher lequel des employeurs a l'autorité effective de donner des ordres et des instructions sur le travail au moment du fait dommageable.⁷² Si le pouvoir de direction et de contrôle n'est pas assumé par l'employeur habituel, on dira alors que le lien de préposition s'est déplacé momentanément.⁷³ C'est là la théorie du patron momentané. Pourtant les espèces les plus significatives témoignent qu'il s'agit beaucoup plus d'une simple question de déplacement du seul lien de préposition parce qu'elles ne concernent que l'aspect de la responsabilité.⁷⁴ On devrait donc parler du commettant momentané. En effet, dans la mesure où le contrôle effectif est assuré par celui qu'il est convenu d'appeler le patron momentané, la relation employeur à salarié qui existe entre le patron habituel et son employé n'est pas pour autant rompue. Tout au plus peut-on envisager qu'elle est suspendue. En effet, dans la mesure où le patron habituel doit continuer à défrayer les charges sociales (contributions à l'assurance-chômage, cotisations à la Commission des accidents du travail et à la Commission du salaire minimum, respect des obligations de la convention collective, etc), la relation de travail subsiste.

En somme, si l'idée du commettant momentané est compatible avec les objectifs poursuivis par la responsabilité civile, on ne peut pour autant affirmer qu'elle l'est toujours avec ceux des relations du travail. Cette constatation permet de signaler qu'il aurait été opportun de qualifier le salarié en utilisant un critère conforme à la réalité économique de la relation de travail et de limiter l'utilisation de la subordination juridique au phénomène de la responsabilité civile pour laquelle elle a d'ailleurs été conçue.

(d) Conclusion

L'économie des relations du travail témoigne que la notion du salarié doit être perçue de façon souple. Dans cette mesure, il s'avère nécessaire de s'en rapporter à la jurisprudence américaine et à l'affaire *Montréal Locomotive Works Ltd.*, et de conclure que la notion de dépendance économique doit être rappelée en droit québécois. Selon notre prétention le débat n'est pas encore clos puisque la question ne fut réellement discutée qu'une fois, soit dans l'arrêt

⁷² *Lacoste v. A. Sicotte et Fils Ltée*, [1971] R.L. 453; *Montreal Envelope Co. Ltd. v. The London Assurance Co.*, [1971] C.A. 838; *E.G.M. Cape and Company (1956) Ltd. v. Dame Marcil*, [1970] C.A. 599; *Fontaine v. Baril et autres*, [1970] C.A. 607; *La compagnie de téléphone Bell du Canada et Jacob v. Ville de Québec*, [1968] R.L. 291; *Lemay Construction Ltée v. Dame Poirier*, [1965] B.R. 565.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ *Ibid.*

J.J. Joubert Ltée. Or, cette affaire, en raison de son ambiguïté, n'a pas tranché la question.

III. Les conditions de retention de la notion de dépendance économique

L'appel à une norme économique comme critère d'identification du salarié ne va pas sans difficulté. Car ce n'est pas toute situation de subordination économique qui peut justifier l'octroi du statut de salarié. Comme le soulignait le professeur Bartoli, "le fait économique n'a en soi qu'une existence brute". La notion de dépendance économique doit être articulée juridiquement. La doctrine a déjà signalé certains critères à retenir pour parvenir à cet objectif (en a). Le législateur québécois pourrait avantageusement puiser à ces sources (en b).

(a) Les approches doctrinales

Auteurs européens et nord-américains ont contribué à préciser le sens de la notion, les premiers au plan des rapports individuels de travail, les seconds au plan des rapports collectifs.

(i) *L'apport européen*

Dès 1913, le professeur Paul Cuche affirmait que doit être qualifié de contrat individuel de travail toute convention qui place une personne sous la dépendance économique d'une autre personne.⁷⁵ Il allait ultérieurement généraliser son approche et faire de la subordination économique le critère d'identification du salarié de façon à étendre au plus grand nombre possible de travailleurs les bénéfices des législations du droit social et de la sécurité sociale.⁷⁶ Dans l'esprit de cet auteur, deux conditions sont essentielles à l'existence de la dépendance économique: d'une part il faut que celui qui fournit le travail en tire son principal moyen d'existence; d'autre part il est nécessaire que celui qui paie utilise entièrement et régulièrement l'activité du travailleur.⁷⁷ Lorsque ces conditions sont respectées, le fournisseur du travail bénéficie du statut juridique du salarié tandis que l'utilisateur des services humains prend la qualité d'employeur. La théorie de Cuche a fait l'objet d'études critiques intéressantes où l'on a généralement conclu à son rejet

⁷⁵ Cuche, *Le Rapport de dépendance économique, élément constitutif du contrat du travail*, (1913) Rev.crit. 412.

⁷⁶ Cuche, *La définition du salarié et le critérium de la dépendance économique*, D.Heb.1932.I.101.

⁷⁷ Voir notes 75 et 76.

notamment à cause de son imprécision.⁷⁸ On doit par ailleurs signaler que la doctrine anglaise a marqué un certain intérêt à rappeler que les relations du travail doivent être moulées aux réalités économiques sans pour autant articuler la norme économique à retenir.⁷⁹

(ii) *La doctrine québécoise et canadienne*

L'idée de la subordination économique fut récemment rappelée par Mes Verge, LeBel et Gagnon. Ceux-ci enseignent que le droit du travail généralement, donc au-delà du seul droit des rapports collectifs du travail, devrait se préoccuper des individus que «l'accomplissement d'un travail, par ailleurs lui-même empreint d'une certaine continuité, placerait, par rapport à une autre personne, dans une situation de dépendance économique (inégalité, sur le plan économique, dans la détermination des conditions d'exécution du travail)».⁸⁰ Selon ces auteurs, «l'on concluerait à l'existence d'une telle situation de dépendance économique dans le cas où un petit entrepreneur verrait son revenu, nécessaire à sa subsistance, déterminé en définitive par son contractant, lequel aurait le pouvoir de fixer unilatéralement le prix d'achat et de revente de la marchandise qu'il lui fournirait».⁸¹ En fait, cette prise de position s'inscrit dans la ligne de pensée des professeurs Arthurs et Morin. Le premier a notamment dégagé qu'au plan des rapports collectifs du travail doit être protégée «any person who is obliged to sell his services in a market in which he is economically dependent on a single purchase».⁸² Pour cet auteur, il s'agit de faire de la dépendance économique le fondement d'une relation de travail à caractère statutaire, légal et réglementaire.⁸³ Le professeur Morin s'est inscrit à peu près dans la même ligne de pensée en introduisant en doctrine québécoise la théorie européenne

⁷⁸ Pipi, *De la notion de salaire individuel à la notion de salaire social* (1966), 435 à 452, plus particulièrement aux pp. 440 et 444; Brun, *La jurisprudence du droit travail* (1967), 79 à 93; Brun et Galland, *Le Droit du travail, métropoles et territoires d'outre-mer, droit commun et régimes spéciaux* (1948), 230 à 237.

⁷⁹ Kahn-Freund, *Servants and Independent Contractors*, (1951) 14 M.L.R. 504; *Legal Framework in The System of Industrial Relations in Great Britain* (1957), 45; *Labour Law: Old Traditions and New Developments* (1968). Rideout, *The Contract of Employment*, (1966) 19 Current Legal Problems 111.

⁸⁰ *Le droit du travail en vigueur au Québec* (1971), 5.

⁸¹ *Ibid.*, 5.

⁸² Arthurs, *Developing Industrial Citizenship, A Challenge for Canada's Second Century*, (1967) 45 Rev. du Bar. Can. 786; *The Dependent Contractor: A Study of The Legal Problems of Countervailing Power*, (1965-66) 16 U. of T. L.J. 89.

⁸³ (1967) 45 Rev. du Bar. Can. 786, 787 et 790; (1965-66) 16 U. of T.L.J. 89, 114, 115.

de la relation du travail adaptée à notre conjoncture socio-économique et juridique.⁸⁴

Rappelons enfin que l'équipe spécialisée en relations du travail s'est aussi inscrite en faveur de la rétentio n de la notion de dépendance économique en matière d'aménagement des relations du travail; doivent être visés tous «ceux qui sont dans une position économiquement dépendante en raison de l'étroitesse du marché ouvert à leurs produits ou services ou qui, pour d'autres motifs, présentent les caractéristiques du salarié».⁸⁵ Cette prise de position a inspiré le législateur canadien qui, par la *Loi modifiant le Code canadien du travail*,⁸⁶ donna effet à ce voeu. Le législateur stipule que le terme «employé» désigne «tout personne employée par un employeur et s'entend également d'un entrepreneur dépendant». Quant au terme «entrepreneur dépendant», le législateur en donne une définition qui fait ressortir la prise en considération de la dépendance économique d'un travailleur dans ses relations avec une autre personne.⁸⁷

Les différentes perceptions de la notion de dépendance économique, tant sur le plan européen qu'américain, ont toutes à la limite pour objet d'identifier comme salarié tout travailleur qui se voit dans l'impossibilité de capitaliser «par et pour» sa présumée entreprise. Cette idée devrait être utilisée au maximum en droit québécois dans la distinction salarié et entrepreneur indépendant. Le droit du travail n'a-t-il pas pour objectif premier de distinguer le groupe dit «patronat» de celui dit «salarial», de bien départager les apports «capital» et «travail» que l'on retrouve nécessairement dans toute entreprise?

(b) La rétentio n éventuelle du rapport de dépendance économique

On a pu facilement concevoir que la notion de dépendance économique a fait l'objet de nombreuses préoccupations. L'exemple du législateur canadien est particulièrement important. Rien ne s'oppose à ce que le législateur québécois s'inscrive dans la même voie puisqu'il est peu probable que les tribunaux, en raison de l'ancienneté de l'interprétation, concrétisent la véritable portée de la définition actuelle du salarié au Code du travail. Certes, on peut affirmer que ceux-ci pourraient, en dépit d'une intervention législative, ramener

⁸⁴ Voir note 64, 411.

⁸⁵ *Les relations du travail au Canada* (Rapport Woods, 1968, Bureau du Conseil privé), plus particulièrement aux paragraphes 90 et 442, aux pp. 32 et 154.

⁸⁶ S.C. 1972, ch. 18.

⁸⁷ *Ibid.*, art. 107(1).

l'interprétation de la notion du salarié sur le terrain du «fourfold test» et utiliser cette technique pour donner effet au passage de l'affaire *J.J. Joubert* qui a laissé entrevoir que la subordination économique peut éventuellement se métamorphoser en subordination juridique. Une telle démarche ne pourrait être que souhaitable. Cependant cette notion élargie de la dépendance juridique risque de subir à court, moyen ou long terme les effets néfastes de la définition du contrat individuel de travail proposée par l'Office de revision du Code civil si jamais le projet est accepté par le législateur. En un mot, une intervention législative est souhaitable, ne serait-ce que pour préciser la clientèle du Code du travail.

L'avantage le plus évident de l'utilisation de la dépendance économique serait qu'on comprendrait la notion de salarié comme visant ces travailleurs que la doctrine a paradoxalement qualifiés d'entrepreneurs-dépendants, c'est-à-dire tous ces travailleurs qui ne répondent pas à la norme actuellement retenue (subordination juridique) mais qui sont assujettis néanmoins à un encadrement d'ordre économique d'une nature telle qu'ils ne sont plus à la limite que des entrepreneurs dénaturés ou, si l'on préfère, des salariés déguisés en entrepreneurs. Il s'agit ici plus particulièrement, sans prétendre être exhaustif, de certaines catégories de pêcheurs, de camionneurs et de vendeurs-distributeurs, en l'occurrence ceux qui présentent les caractéristiques suivantes. Ces travailleurs sont propriétaires des instruments de travail ou encore ils louent ou achètent lesdits instruments de celui qui utilise leurs services. Ces instruments sont employés pour fabriquer, transporter, vendre ou se procurer les biens nécessaires à la réalisation de la finalité économique du rétenteur du travail humain. L'exécution de la prestation de travail donne lieu à une grande latitude (absence de subordination juridique), soit parce que ces travailleurs sont titulaires d'un territoire exclusif, d'une franchise ou d'une concession, soit parce que le travail est accompli dans les lieux géographiques qui échappent au contrôle et à la surveillance du locataire de la prestation de travail. Ces travailleurs consacrent néanmoins prioritairement, régulièrement et de façon presque exclusive leur temps de travail à celui qui utilise leurs services. Enfin, le revenu de ces travailleurs dépend de diverses variables économiques, comme par exemple soit une partie des revenus réalisés par la vente des biens, soit du prix qu'ils reçoivent pour un chargement, une prise de biens, etc., soit une commission, etc. La possibilité pour ces travailleurs de capitaliser par les revenus tirés de l'activité et pour construire une «véritable entreprise» est cependant réduite à sa plus simple expression en raison des contingences et contraintes qui leur sont imposées dans la dimension économique (prix minima et maxima fixés unilatéralement, etc.).

Dans l'optique d'une intervention législative, il ne nous semble pas qu'il soit nécessaire, au niveau même de la définition du salarié, de concrétiser la distinction entre les salariés traditionnels et les nouveaux salariés (entrepreneurs dépendants). Une simple reformulation du terme «employeur» serait suffisante pour atteindre l'objectif recherché. Le salarié resterait «une personne qui travaille pour un employeur moyennant rémunération».⁸⁸ La définition actuelle du Code de l'employeur⁸⁹ pourrait être reprise et axée sur une formule laissant clairement entendre que ce terme vise toute personne qui contrôle la gestion économique et administrative des opérations reliées à l'exécution d'une prestation de travail. Une telle initiative ramènerait, selon notre prétention, le débat concernant la qualification du salarié sur son véritable terrain, savoir le substratum juridique actuel qui voit dans la relation de travail un rapport d'échange d'ordre économique, «travail contre rémunération».

Conclusion

En terminant, nous tenons à signaler que nos propos ne se veulent qu'une contribution en faveur d'une interprétation plus large de la notion du salarié en regard du système juridique actuel et éventuel de façon à limiter au maximum les effets restrictifs pour les travailleurs qui prétendent à l'acquisition du statut de salarié. Il conviendrait cependant beaucoup plus de se demander dans quelle mesure le temps n'est pas venu d'abandonner la conception du travail-marchandise pour y substituer un système de relations du travail mettant en cause non pas des rapports de travail de type contractuel relevant du droit des biens mais des rapports de type associatif relevant du droit des personnes. Autrement dit, l'objectif à rechercher dans le contexte moderne ne serait-il pas de construire juridiquement l'entreprise en tant que société organisée où les fournisseurs du capital (actionnaires) et les fournisseurs du travail humain (salariés) concourraient dans la défense de leurs intérêts respectifs à une finalité collective sociale ou économique? L'intégration du salarié dans l'entreprise pourrait trouver sa source dans la «relation du travail» tandis que celle des actionnaires le serait par la technique traditionnelle (l'achat d'actions). Les droits et obligations de ces groupes, ainsi que de leurs sous-groupes respectifs, pourraient être reformulés par le législateur dans une perspective de droit nouveau.

⁸⁸ Code du travail, art. 1(m).

⁸⁹ *Ibid.*, art. 1(l).