

L'INTERACTION ENTRE LE DROIT CIVIL ET LE DROIT DU TRAVAIL ET SES EFFETS PRATIQUES SUR LE TRAVAIL ATYPIQUE : LE RÔLE DU CONTRAT DANS L'ACCÈS AUX RÉGIMES DE PROTECTION DES TRAVAILLEURS

*Graciela Barrère et Guylaine Vallée**

Le présent texte examine le rôle du contrat en tant que critère d'accès aux régimes législatifs ayant une vocation de protection en matière de travail humain. Cette question, qui n'est que l'une des manifestations de l'interaction entre le droit civil et le droit du travail, peut avoir des incidences sur l'accès des personnes qui occupent un emploi atypique à la protection du droit du travail.

La première partie du texte présente les fondements possibles du rapport de travail donnant accès aux régimes de protection du droit du travail. La thèse contractuelle et celle fondée sur la « relation de travail » y sont présentées en tenant compte de la façon dont elles ont été reçues au Québec et de l'apport de certains droits étrangers à l'analyse théorique de la nature du rapport de travail donnant ouverture à la protection du droit du travail.

Dans la seconde partie du texte, nous abordons les effets que peuvent avoir ces thèses sur l'accès aux protections des lois du travail québécoises à partir de quelques décisions concernant certaines formes de travail atypique. Pour les auteurs, la jurisprudence étudiée illustre les difficultés de l'approche axée sur la forme contractuelle pour la protection des personnes qui ne répondent pas au standard classique de salarié. Cette jurisprudence fournit aussi les indices d'une approche qui permettrait au droit du travail de remplir sa fonction de protection auprès de ces personnes.

This text examines the contract as a precondition to accessing protective work legislation. This issue, one of several manifestations of the interaction between civil law and labour law, can have implications for the ability of people employed in atypical work to access labour law's protections.

In Part I of this article, we propose possible frameworks that underpin the labour relationship that gives workers access to labour law's protective schemes. Primarily, we explore contractual theory and the theory of the "labour relationship", taking into account how these two theories were received in Quebec, as well as theoretical analyses from foreign legal systems on the nature of the labour relationship which gives access to protective labour legislation.

In Part II of the text, we address the effects that these theories can have on access to Quebec labour law protections. As our point of departure for this analysis, we canvass legal decisions on atypical work. For the authors, this case law illustrates the difficulties with grounding one's approach in the contractual form when seeking to protect people who do not conform to traditional employee standards. Yet this very same jurisprudence also points to a different approach that could allow labour law to fulfill its protective role with respect to people employed in atypical work settings.

* Graciela Barrère est avocate chez Melançon, Marceau, Grenier et Sciortino, S.E.N.C. et Guylaine Vallée est professeure de droit du travail à l'École des relations industrielles de l'Université de Montréal. Les auteurs désirent remercier les évaluateurs anonymes pour leurs judicieux commentaires. Le présent texte n'engage que la responsabilité des auteurs.

Introduction	335
I. Le rôle du contrat dans l'accès aux régimes de protection des travailleurs : l'apport de certains droits étrangers à la réflexion théorique	337
<i>A. La nature du rapport de travail dans divers droits de tradition civiliste</i>	341
1. L'approche du droit québécois	341
2. L'approche du droit français	346
3. Le débat dans certains pays de l'Amérique latine	350
<i>B. L'approche matérielle : une solution pour pallier les limites d'une approche contractuelle</i>	359
II. Le rôle du contrat dans l'accès aux régimes de protection des travailleurs au Québec : un droit en mutation	363
<i>A. L'accès des travailleurs atypiques à la protection des lois du travail : illustrations jurisprudentielles</i>	364
1. Le travail à durée déterminée ou occasionnel	365
<i>a. L'arrêt Commission scolaire crie</i>	365
<i>b. L'arrêt Commission scolaire des Patriotes</i>	369
2. Le travail autonome	376
<i>B. 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</i>	380
Conclusion	384

Introduction

Dans plusieurs pays de tradition civiliste, la question des rapports entre le droit civil et le droit du travail a accompagné l'émergence d'un droit spécifiquement applicable au travail subordonné¹. Au Québec, cette question s'est d'abord posée au sujet des rapports entre le contrat individuel de travail et la convention collective et, plus généralement, en ce qui concerne l'effet du monopole syndical de représentation établi par la *Loi des relations ouvrières*², puis par le *Code du travail* (« Ct »)³, sur la liberté d'un salarié et d'un employeur de convenir d'un contrat de travail. Avec le développement d'un droit directement protecteur des travailleurs salariés, cette question s'est aussi posée à l'égard des rapports entre les obligations du droit civil et celles de l'ordre public du travail, notamment en matière de fin d'emploi⁴. Nous proposons d'examiner une autre manifestation de cette interaction entre le droit civil et le droit du travail, qui concerne cette fois le rôle du contrat en tant que critère d'accès aux lois ayant une vocation de protection en matière de travail humain.

Ces lois, que ce soit directement par l'adoption des normes impératives ou indirectement par l'encadrement de la négociation collective et la reconnaissance légale des règles issues de cette dernière, ont ajouté un « volet statutaire » au rapport de travail, c'est-à-dire un ensemble de droits et d'obligations qui s'imposent aux parties du rapport de travail indépendamment de leur volonté. Dans ce contexte, le recours à la figure contractuelle comme fondement du rapport de travail déterminant l'application de ces lois du travail est-il approprié? Quel est, et quel devrait être le rôle du contrat dans l'accès aux régimes de protection des travailleurs? Quelles sont les conséquences d'adopter une approche civiliste fondée sur

¹ Voir Pierre Verge, « Faut-il “nommer” le contrat de travail? » (1988) 29:4 C de D 977 [Verge, « Nommer »]; Alain Supiot, « Pourquoi un droit du travail? » (1990) 6 Dr social 485; Marie-France Bich, « Droit du travail québécois : genèse et génération » dans H Patrick Glenn, dir, *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1993, 515; Pierre Verge, « Le contrat de travail selon le *Code civil du Québec* : pertinence ou impertinence? » (1993) 24 RGD 237 [Verge, « Contrat de travail »]; Pierre Verge et Guylaine Vallée, *Un droit du travail? Essai sur la spécificité du droit du travail*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1997 aux pp 13–19, 73–85; Alain Supiot, *Critique du droit du travail*, 2^e éd, Paris, Presses universitaires de France, 2007 aux pp 67–107 [Supiot, *Critique*].

² LQ 1944, c 30.

³ RLRQ c C-27 [Ct].

⁴ Voir Verge, « Nommer », *supra* note 1 aux pp 985–86; Verge, « Contrat de travail », *supra* note 1 aux pp 242–47; Verge et Vallée, *supra* note 1 aux pp 85–89; Jean-Yves Brière, « Le *Code civil du Québec* et la *Loi sur les normes du travail* : convergence ou divergence? » (1994) 49:1 RI 104 aux pp 119–24.

le contrat lorsqu'il s'agit d'appliquer un droit à caractère social comme le droit du travail?

Le contexte actuel justifie la pertinence d'examiner ces questions. Les emplois dits « atypiques », en ce qu'ils ne répondent pas à une ou plusieurs caractéristiques du modèle traditionnel de travail subordonné pour un employeur, à temps plein, à durée indéterminée et dans l'établissement de l'entreprise, font maintenant partie de la réalité du monde du travail. Or, les personnes qui occupent ces emplois éprouvent parfois des difficultés lorsqu'il s'agit de bénéficier des protections des lois du travail, comme l'ont illustré plusieurs travaux et rapports⁵. Il en est ainsi pour plusieurs personnes qui effectuent personnellement un travail pour une autre personne moyennant rémunération, et qui n'ont pas accès à la protection des lois du travail lorsqu'elles ne sont pas considérées comme liées à cette personne par un contrat de travail du point de vue du droit des contrats⁶. Cette situation conduit à réexaminer, comme le font ces travaux, les *critères* caractérisant les rapports de travail qui devraient recevoir la protection du droit du travail : par exemple, devrait-on faire en sorte que toute personne qui travaille personnellement pour autrui moyennant rémunération ait accès aux lois du travail? Devrait-on réserver cet accès à certains rapports de travail, définis en référence aux critères de subordination juridique ou de dépendance économique? Cette situation conduit aussi à s'interroger sur l'*autonomie de ces critères* par rapport à une lecture contractuelle du rapport de travail. C'est cet aspect particulier que notre article approfondira dans le cadre de l'analyse portant sur la nature du rapport de travail donnant accès aux lois protectrices des travailleurs.

⁵ Voir Verge et Vallée, *supra* note 1 aux pp 19–25, 83–85; Alain Supiot, dir, *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 [Rapport Supiot]; Québec, Ministère du Travail, *Les besoins de protection sociale des personnes en situation de travail non traditionnel : Rapport final*, par Jean Bernier, Guylaine Vallée et Carol Jobin, Québec, MdT, 2003 [Rapport Bernier]; Commission du droit du Canada, *Le concept légal de l'emploi : la marginalisation des travailleurs*, par Judy Fudge, Eric Tucker et Leah Vosko, Ottawa, Publications du gouvernement du Canada, 2002; Pierre Verge, « Les instruments d'une recomposition du droit du travail : de l'entreprise-réseau au pluralisme juridique » (2011) 52:2 C de D 135 [Verge, « Recomposition »].

⁶ Sur le plan international, l'Organisation Internationale du Travail a adopté, en juin 2006, la *Recommandation sur la relation de travail (n° 198)*, 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 années : *Recommandation (n° 198) sur la relation de travail*, 15 juin 2006, Doc off CIT, 95^e sess, en ligne : <www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312535:NO>.

Dans cette perspective, notre objectif est de montrer en quoi les courants qui existent quant au fondement du rapport de travail pourraient contribuer à la réflexion sur l'accès aux régimes du droit du travail, lesquels cherchent à réaliser l'une des finalités dudit droit, soit la protection des travailleurs. Nous traiterons de cette question en deux temps. Premièrement, nous présenterons les fondements de la thèse contractuelle et de la thèse fondée sur la « relation de travail », tels qu'ils ont été traités dans la doctrine de divers droits de tradition civiliste (I). Dans ce contexte, nous étudierons l'incidence des éléments retenus pour définir le rapport de travail sur le champ d'application des lois du travail. Deuxièmement, nous examinerons les effets pratiques de ces deux thèses lorsqu'il s'agit d'établir si une personne peut bénéficier des lois du travail québécoises, et ce, à partir de décisions récentes concernant certaines formes de travail atypique (II). Nous identifierons quelques indices qui se dégagent de cette jurisprudence quant à l'approche à adopter afin de faciliter l'accès aux lois du travail et l'accomplissement de leur finalité de protection, y compris à l'égard des personnes qui travaillent dans des emplois non traditionnels.

I. Le rôle du contrat dans l'accès aux régimes de protection des travailleurs : l'apport de certains droits étrangers à la réflexion théorique

Le rapport de travail ou le « rapport salarial » a déjà été décrit 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 employeur⁷. Ces parties sont régies par des droits et des obligations qui peuvent provenir de l'accord de volonté intervenu entre elles, mais aussi 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 échéant⁸. L'ensemble des droits et des obligations s'imposant indépendamment de la volonté des parties est constitutif d'un véritable « statut » de salarié⁹.

Cela dit, la question est de savoir comment reconnaître l'existence du rapport de travail auquel se rattache cet ensemble de droits et d'obligations. Deux courants coexistent à cet égard¹⁰. Pour l'essentiel, la

⁷ Pierre Verge, Gilles Trudeau et Guylaine Vallée, *Le droit du travail par ses sources*, Montréal, Thémis, 2006 à la p 62.

⁸ Voir *ibid.*

⁹ Voir Supiot, *Critique*, *supra* note 1 aux pp 32–33.

¹⁰ Voir Pierre Verge, « Réalité juridique du rapport de travail » dans Gilles Trudeau, Guylaine Vallée et Diane Veilleux, dir, *Études en droit du travail à la mémoire de Claude D'Aoust*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1995, 343 aux pp 343–67, et en particulier aux pp 348–57 [Verge, « Réalité »]. Voir également Verge et Vallée, *supra* note 1 aux pp 73–85.

thèse « contractuelle » voit dans l'accord des volontés intervenu entre l'employeur et le salarié le fondement du rapport de travail; pour les tenants de cette thèse, c'est l'élément consensuel qui détermine l'existence de ce rapport¹¹. 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 factuel¹². Ces courants ont donné lieu à de riches débats dans divers droits de tradition civiliste, notamment au Québec. Notons que le législateur québécois 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 suffit à cet effet dans d'autres cas, reflétant ainsi un droit du travail peu intégré. En France, où le droit du travail est codifié, le volet statutaire est intégré au contrat de travail : on parle de l'« insertion du statut dans le contrat »¹³.

Les courants existant sur les fondements possibles du rapport de travail s'inscrivent dans un débat plus large relatif au réalisme et à l'idéalisme juridique¹⁴, opposant l'idéal et le matériel¹⁵. Dans une étude publiée en 1950, Savatier, en donnant notamment l'exemple du déplacement du concept juridique du « contrat » au profit de la « relation de travail »¹⁶, se demandait si « [l]e “fait” gagn[ait] aux dépens du “droit” »¹⁷. L'auteur se penchait sur la place croissante occupée par des « structures de fait » au détriment des « structures juridiques », expliquait le phénomène du remplacement des « sources de droit traditionnelles » par le « fait brut » et indiquait que « le *donné* réel immédiat [était] en train de se débarrasser du *construit* » [italiques dans l'original]¹⁸. Les notions juridiques se trouvaient ainsi dissociées du fait auquel elles étaient en définitive rattachées, des effets juridiques étant assignés au « fait brut » lui-même.

Ces courants sur la façon de caractériser le rapport de travail semblent aussi se rattacher à deux traditions juridiques distinctes, soit la cul-

¹¹ Voir Verge, « Réalité », *supra* note 10 aux pp 348–52; Verge et Vallée, *supra* note 1 aux pp 75–79.

¹² Voir Verge, « Réalité », *supra* note 10 aux pp 352–57; Verge et Vallée, *supra* note 1 aux pp 79–85.

¹³ Supiot, *Critique*, *supra* note 1 aux pp 27–33.

¹⁴ Voir Verge et Vallée, *supra* note 1 à la p 73.

¹⁵ Voir René 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*, t I, Paris, LGDJ, 1950 aux pp 75–92.

¹⁶ *Ibid* aux pp 76–77.

¹⁷ *Ibid* à la p 75.

¹⁸ *Ibid* à la p 76.

ture romaniste et la culture germanique¹⁹, axées respectivement sur l'aspect consensuel et factuel du rapport.

Plusieurs droits européens du XIXe siècle, dont le droit français, exhibaient cet aspect consensuel de la culture romaniste²⁰. Ainsi, le Code Napoléon faisait appel à la notion de louage de services provenant du droit romain pour expliquer le rapport de travail²¹. 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 esclave²². 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'égalité²³.

Pour sa part, la culture germanique trouve sa source dans 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 l'appartenance à une communauté²⁴. Par opposition à la conception romaniste du rapport de travail, fondée sur le contrat, la culture germanique trouve que l'élément qui détermine l'existence de la relation de travail est l'appartenance factuelle de la personne à une communauté de travail : ce n'est pas la volonté des parties, mais cette situation de fait lui conférant le statut de « membre de la communauté »²⁵ qui fait naître

¹⁹ Voir Supiot, *Critique*, *supra* note 1 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 article, nous repreneons 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).

²⁰ Voir *ibid* aux pp 13–16. L'auteur explique que le contrat de location de services est une expression de la culture romaniste.

²¹ Voir *ibid* à la p 14.

²² Voir *ibid* aux pp 13–14.

²³ Voir *ibid* aux pp 15–16.

²⁴ Voir *ibid* à la p 16. Pour la caractérisation de l'approche germanique, voir notamment les pp 16–18.

²⁵ Voir *ibid* aux pp 17–18. Supiot réfère dans son texte à la critique de l'approche contractuelle énoncée par Otto Von Gierke, en Allemagne :

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

un ensemble de droits et d'obligations pour le travailleur et l'employeur. Ce courant trouve notamment appui dans la pensée du juriste allemand Gierke, lequel refusait d'appliquer au travail les dispositions concernant les contrats relatifs aux biens. En effet, 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 »²⁶, laquelle constitue une expression de la culture allemande, axée sur l'appartenance à la communauté de travail²⁷.

En somme, la tradition contractuelle romaniste du rapport de travail « privilégie le rapport des hommes aux choses pour rendre possible l'échange d'un travail ainsi objectivé contre du salaire », tandis que la tradition germanique appréhende « la relation de travail comme une *situation d'appartenance personnelle à une communauté*, et place ainsi cette relation dans l'orbite du statut des personnes » [italiques dans l'original]²⁸. L'opposition entre ces deux cultures se manifeste par la façon distincte de concevoir la relation de travail, soit sous l'angle du rapport entre la personne et les choses, dans un cas, soit sous l'angle du rapport entre les personnes, dans l'autre²⁹.

Bien qu'appartenant à des cultures juridiques distinctes, il semble que tant l'approche dite de la « relation de travail » (axée sur la réalité factuelle et influencée par la culture germanique) que l'approche contractuelle (axée sur l'aspect consensuel et reliée à la culture romaniste) ont eu une influence sur la manière de concevoir la nature du rapport de travail dans divers droits de tradition civiliste (A). D'ailleurs, l'approche de la relation de travail a permis de pallier les limites d'une vision fondée uniquement sur le contrat (B).

droit est toujours la conscience commune » [notes omises] (*ibid* à la p 17).

²⁶ Verge et Vallée, *supra* note 1 à la p 81. Voir aussi Verge, « Réalité », *supra* note 10 à la p 354.

²⁷ Voir Supiot, *Critique*, *supra* note 1 à la p 21. Supiot explique que la culture germanique est à la base de la théorie institutionnelle développée en France par Paul Durand. 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” (*Arbeitsverhältnisse*) découverte chez des auteurs allemands » [notes omises] (Antoine Jeammaud, « La centralité retrouvée du contrat de travail en droit français » dans Patricia Kurczyn Vilalobos et Carlos Alberto Puig Hernández, dir, *Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor de Buen Lozano*, Mexico, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, 415 à la p 417, en ligne : <biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1090/24.pdf>).

²⁸ Supiot, *Critique*, *supra* note 1 à la p 18.

²⁹ Voir *ibid*.

A. *La nature du rapport de travail dans divers droits de tradition civiliste*

Le débat sur le choix entre l'analyse contractuelle et l'approche fondée sur la relation de travail dans la reconnaissance de l'existence du rapport de travail a été abordé en droit québécois (1), en droit français (2) et dans certains pays de l'Amérique latine (3).

1. L'approche du droit québécois

Le *Code civil du Québec* (« CcQ »), qui comprend un chapitre sur le contrat de travail³⁰, constitue le droit commun du Québec, conformément à ce qu'exprime sa disposition préliminaire³¹. 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 »³². Parallèlement au CcQ, il existe une constellation de lois du travail, généralement d'ordre public, qui déterminent leur champ d'application respectif eu égard aux objectifs particuliers qu'elles poursuivent. Ces lois contiennent des dispositions qui ajoutent au droit civil ou y dérogent. Le CcQ peut être utilisé pour combler les lacunes de cette législation spécifique en matière de travail, mais cette législation peut elle-même déroger au CcQ, ce qui peut être le cas en ce qui concerne la référence à la figure contractuelle en tant que critère d'accès à la protection que ces lois accordent.

L'accès à ces lois du travail est en effet réservé aux personnes qui possèdent le statut de « travailleur » ou de « salarié » au sens de ces lois, la définition de ce statut faisant appel, suivant la loi en cause, tantôt à la figure contractuelle, tantôt à l'exécution effective de la prestation de travail pour saisir le rapport de travail³³. Cela traduit une « certaine ambivalence »³⁴ du droit québécois quant aux fondements possibles de ce rapport, mais aussi quant au refus du législateur de considérer systématiquement le contrat comme l'assise des rapports de travail régis par le droit du travail³⁵.

³⁰ Voir arts 2085–97 CcQ.

³¹ Voir disposition préliminaire, al 2 CcQ.

³² *Ibid.*

³³ Voir Verge et Vallée, *supra* note 1 aux pp 73–85.

³⁴ Verge, Trudeau et Vallée, *supra* note 7 à la p 62. Voir aussi Verge et Vallée, *supra* note 1 à la p 85.

³⁵ Voir *Isidore Garon Ltée c Tremblay*, 2006 CSC 2 aux para 57–58, [2006] 1 RCS 27 [*Isidore Garon*]. Sur l'approche qui voit dans la législation du travail et dans la convention collective seulement des compléments du contrat de travail du droit commun et qui considère ce contrat comme l'assise du rapport d'emploi, voir Robert P Gagnon, Louis

Dans certains cas, la définition du statut donnant accès à la protection de la loi ne fait aucunement référence à l'existence d'un contrat. C'est notamment le cas de la *Loi sur les normes du travail* (« *Lnt* »)³⁶ et de la *Loi sur l'équité salariale* (« *Lés* »)³⁷ qui prévoient une définition générale 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'employeur³⁸. Toutefois, la définition de « salarié » de la *Lnt* fait référence au « contrat » pour élargir l'application de la loi à des situations de travail qui se rapprochent à certains égards de l'entrepreneur dépendant³⁹.

Il en est également ainsi du *Ct*, qui fait dépendre l'accès à son régime de représentation et de négociation collective de la qualité de « salarié », défini comme étant « une personne qui travaille pour un employeur moyennant rémunération »⁴⁰.

Le législateur ne faisant pas appel à la figure contractuelle pour définir la notion de « salarié » dans ces lois, certains auteurs ont conclu 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 factuel⁴¹. Néanmoins, les tribunaux du travail ont considéré dès 1964 que le terme « salarié », défini dans le *Ct*, « traduisait l'intention du législateur de maintenir la distinction issue du droit civil de la province de Québec entre “l'employé” et “l'entrepreneur indépendant” »⁴² et qu'un lien de subordina-

LeBel et Pierre Verge, « Du soi-disant “contrat de travail” » (1970) 11:2 C de D 282; Verge, « Nommer », *supra* note 1.

³⁶ RLRQ c N-1.1 [*Lnt*].

³⁷ RLRQ c E-12.001 [*Lés*].

³⁸ Voir *ibid*, art 8; *Lnt*, *supra* note 36, art 1(10). La *Lnt* fait référence au « contrat de travail » notamment dans les dispositions relatives au service continu, à l'avis de cessation d'emploi et au certificat de travail (*ibid*, arts 1(12), 82, 84).

³⁹ Voir *Lnt*, *supra* note 36, art 1(10) (i)–(iii). Voir aussi *infra* note 211 et texte correspondant.

⁴⁰ *Ct*, *supra* note 3, arts 1(I), 21. Cette notion ne comprend pas certains cadres et représentants de l'employeur, ainsi que d'autres personnes spécialement énumérées dans la définition légale.

⁴¹ Verge et Vallée, *supra* note 1 à la p 84. Voir aussi Verge, « Réalité », *supra* note 10 à la p 357; Verge, Trudeau et Vallée, *supra* note 7 à la p 63.

⁴² Rapport Bernier, *supra* note 5 à la p 71, au sujet de la décision *Food Drivers, Commission Salesmen Dairy and Ice Cream Workers, Local Union n° 973, Cartierville c JJ Joubert Limitée Montréal*, DCDRT n° 1638-10, commissaires AB Gold (juge), JE Corbeil et G Côté, maintenue en révision par [1970] CE 344, commissaire-enquêteur CG Desjardins, infirmée par le Tribunal du travail pour non-respect de la règle *audi al-*

tion au sens du droit civil était requis pour qualifier un salarié au sens de cette loi, même si ce lien a ensuite été évalué plus souplesment⁴³. C'est pourquoi on estime, compte tenu de cette jurisprudence, que la définition du statut de « salarié » au sens du *Ct* « reflète la même réalité que le contrat de travail en vertu du *Code civil du Québec* »⁴⁴, bien qu'elle ne fasse aucune référence à l'existence d'un contrat. Cette situation fait toutefois l'objet de plusieurs critiques⁴⁵.

À la différence du *Ct*, de la *Lnt* et de la *Lés*, les définitions du terme « travailleur » contenues dans la *Loi sur la santé et la sécurité du travail* (« *Lsst* »)⁴⁶ — qui a pour objet d'éliminer à la source même les dangers pour la santé et l'intégrité physique des travailleurs — et dans la *Loi sur les accidents du travail et maladies professionnelles* (« *Latmp* »)⁴⁷ — dont l'objet est la réparation des lésions professionnelles et de leurs conséquences — font expressément référence au contrat de travail. 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 employeur, y compris un étudiant dans les cas déterminés par règlement »⁴⁸. Pour sa part, la *Latmp* définit le « travailleur » comme « une personne physique qui exécute un travail pour un employeur, moyennant rémunération, en vertu d'un contrat de travail ou d'apprentissage »⁴⁹. Même si les tribunaux réfèrent directement à la défi-

teram partem et nouvelle enquête ordonnée par [1970] TT 20, juge Filion. Voir aussi, sur cette décision et celles qui l'ont suivie, Rodrigue Blouin, « Le rapport de dépendance économique comme norme de qualification du salarié au sens du Code du travail » (1974) 20:3 RD McGill 429 aux pp 430–33 [Blouin, « Dépendance économique »].

⁴³ Voir Pierre Verge, « “Salariés” selon le Code du travail » (1968) 23:1 RI 165.

⁴⁴ Carol Jobin, « Statuts de salarié et d'employeur dans les lois du travail » dans Guylaine Vallée et Katherine Lippel, dir. *Rapports individuels et collectifs du travail*, JurisClasser Québec, coll « Droit du travail », Montréal, LexisNexis, 2009 (feuilles mobiles mise à jour 10), vol 1, fasc 8 au para 112.

⁴⁵ Voir Blouin, « Dépendance économique », *supra* note 42; Rodrigue Blouin, « La C.R.T., le concept de salarié et les nouvelles réalités d'exécution du travail subordonné » dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, dir. *Développements récents en droit du travail (2003)*, vol 190, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2003, 137 aux pp 144–55.

⁴⁶ RLRQ c S-2.1 [*Lsst*].

⁴⁷ RLRQ c A-3.001 [*Latmp*].

⁴⁸ *Lsst*, *supra* note 46, art 1. Cette définition exclut certains représentants de l'employeur et dirigeants de l'entreprise de ce dernier. Néanmoins, ces personnes jouissent de certains droits reconnus au travailleur (voir *ibid*, art 11).

⁴⁹ *Latmp*, *supra* note 47, art 2. Cette définition exclut les personnes occupant les emplois de domestique, de ressource de type familial ou de ressource intermédiaire, de gardien, de sportif professionnel ou de dirigeant d'une personne morale. Le domestique, la personne qui agit à titre de ressource de type familial ou de ressource intermédiaire et le dirigeant, contrairement au gardien et au sportif professionnel, peuvent toutefois

inition du contrat de travail contenue dans le *CcQ* ou, indirectement, à ses principales composantes pour interpréter la notion de travailleur au sens de ces lois⁵⁰, les tribunaux supérieurs ont rappelé que cette interprétation doit refléter la finalité de ces lois⁵¹, ce qui peut entraîner une utilisation « prudente » des notions issues du droit civil. S’agissant de la *Latmp*, la Cour d’appel écrit :

[I]l faut noter que le législateur a non seulement régulièrement ajouté de nouveaux statuts à la *LATMP* [...], mais a aussi périodiquement modifié la définition de travailleur, tout cela afin que soient prises en compte les réalités changeantes du monde du travail.

[...]

Dès lors, la prudence et la réserve s’imposent dans l’usage de la jurisprudence élaborée sur la notion de salarié, d’employé ou d’entrepreneur en application d’autres lois, notamment du *Code civil*⁵².

La notion de travailleur au sens de la *Lsst* doit aussi recevoir une interprétation « généreuse »⁵³. La Cour suprême du Canada rappelle que la définition de « travailleur » que comprend cette loi « reflète une intention claire d’étendre le plus largement possible la protection en matière de santé et de sécurité du travail »⁵⁴ et 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 non seulement justifiée par le caractère de la *Loi*, qui est d’ordre public, elle est également permise

s’inscrire à la Commission de la santé et de la sécurité du travail pour bénéficier des protections qu’offre la loi (voir *ibid*, art 18).

⁵⁰ Voir Frédéric Antoine Tremblay et Guylaine Vallée, « Champ d’application personnel et portée territoriale » dans Katherine Lippel et Guylaine Vallée, dir, *Santé et sécurité du travail*, JurisClasseur Québec, coll « Droit du travail », Montréal, LexisNexis, 2009 (feuilles mobiles mise à jour 10), vol 2, fasc 2 aux para 4, 17; Katherine Lippel, « Le travail atypique et la législation en matière de santé et sécurité du travail » dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, dir, *Développements récents en droit de la santé et sécurité du travail (2004)*, vol 201, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2004, 307 à la p 313.

⁵¹ Sur l’interprétation de la notion de « travailleur » dans la *Latmp*, voir *Agropur, Coopérative (division Natrel) c Rancourt*, 2010 QCCA 749 (disponible sur CanLII) [*Agropur*]. Sur l’interprétation des notions d’« employeur » et de « travailleur » dans la *Lsst*, voir *Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail) c Sobey’s Québec Inc*, 2012 QCCA 1329 (disponible sur CanLII), autorisation de pourvoi à la CSC refusée, 34989 (20 décembre 2012) [*Sobey’s*]; *Dionne c Commission scolaire des Patriotes*, 2014 CSC 33, [2014] 1 RCS 765 [*Commission scolaire des Patriotes*].

⁵² *Agropur*, *supra* note 51 aux para 18–19.

⁵³ *Commission scolaire des Patriotes*, *supra* note 51 au para 37.

⁵⁴ *Ibid* au para 32.

par la disposition préliminaire du *Code*, qui prévoit que d'autres lois peuvent « ajouter au code ou y déroger » [notes omises]⁵⁵.

En somme, bien que ces lois réfèrent expressément à la figure contractuelle pour déterminer les catégories de personnes qui ont accès aux protections qu'elles confèrent, leur champ d'application personnel ne se limite ni à cette vision contractuelle du rapport de travail ni à une interprétation stricte de celle-ci.

La *Loi sur les décrets de convention collective* (« *Ldcc* »)⁵⁶, 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 salariés et aux employeurs professionnels d'un secteur défini dans le décret⁵⁷, illustre une autre manière de définir le rapport de travail auquel elle s'applique. La *Ldcc* comprend une définition de « salarié » de nature factuelle, le salarié signifiant « tout apprenti, manœuvre ou ouvrier non spécialisé, ouvrier qualifié ou compagnon, artisan, commis ou employé qui travaille individuellement, en équipe ou en société »⁵⁸. Pour certains auteurs, cette définition fait en sorte que l'application d'un décret de convention collective en vertu de la *Ldcc* ne dépend pas de la conclusion d'un contrat de travail, mais bien d'un critère objectif, soit l'exécution du travail⁵⁹. 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 critère à considérer pour qualifier une personne de salarié au sens de cette loi⁶⁰. Cette disposition se prête à une interprétation large de la notion de « salarié » qui en-

⁵⁵ *Ibid* au para 37.

⁵⁶ RLRQ c D-2 [*Ldcc*].

⁵⁷ *Ibid*, art 2.

⁵⁸ *Ibid*, art 1(j).

⁵⁹ Voir Verge et Vallée, *supra* note 1 à la p 84. Les auteurs réfèrent à l'affaire *Entreprises MD de Chicoutimi inc c Tremblay*, [1990] RJQ 1533 à la p 1535 (disponible sur CanLII) (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* (LRQ 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 (*ibid*).

⁶⁰ 9141-6669 *Québec inc c Comité conjoint des matériaux de construction*, 2013 QCCA 337 au para 18 (disponible sur CanLII) [*Comité conjoint des matériaux de construction*].

globe la personne travaillant en vertu d'un contrat de société ou de service⁶¹.

En somme, le droit québécois est assurément ambivalent en ce qui concerne le fondement du rapport de travail. Notamment, le législateur fait dépendre l'application de certains régimes en matière de travail de l'existence d'un contrat, alors qu'il adopte une définition matérielle dans d'autres cas. Plus encore, la jurisprudence fait appel à l'approche contractuelle dans l'interprétation du statut de salarié au sens du *Ct*, qui ne le requiert pas, et s'en dégage dans l'interprétation du statut de travailleur selon la *Latmp* et la *Lsst*, qui font explicitement référence au contrat. Cette ambivalence reflète l'absence d'intégration formelle et substantielle du droit du travail québécois alors que sa codification autour d'une approche matérielle, esquissée dans le *Ct* sans jamais avoir été achevée, permettait de faire du droit du travail québécois un droit à part entière et non une simple « excroissance du droit civil »⁶². Ainsi,

s'exprimant lui-même dans une véritable codification, le droit du travail étend[rait] alors sans difficulté l'influence de ses principes directeurs, de son esprit et de ses techniques, non seulement aux situations expressément prévues, mais aussi à toutes celles que l'on peut raisonnablement inclure dans son champ d'application. Toutes ces situations, il les régi[rait] entièrement; le droit commun n'intervien[drait] que dans la mesure où la codification du droit du travail le permet[trait], ou encore, ce qui élargit l'exception, il joue[rait] un rôle proprement supplétif à défaut de portée expresse ou implicite du Code du travail⁶³.

Cette ambivalence pourrait aussi avoir des effets concrets sur les droits de certains travailleurs, comme nous l'illustrerons dans la deuxième partie du présent texte.

2. L'approche du droit français

En France, le droit du travail est codifié. Le *Code du travail* de ce pays (« *C trav f* »)⁶⁴ regroupe un ensemble de dispositions de nature légale et réglementaire⁶⁵ concernant les rapports individuels et collectifs du travail,

⁶¹ Voir Jobin, *supra* note 44 aux para 141–43.

⁶² Pierre Verge, « Vision d'une révision du Code du travail » (1979) 20:4 C de D 901 à la p 906.

⁶³ *Ibid.* Voir aussi Pierre Verge, « Une codification du droit régissant le travail au Québec : un objectif à poursuivre? » (2005) 46:1 C de D 77.

⁶⁴ *Code du travail*, en ligne : <www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20130710> [*C trav f*].

⁶⁵ Les dispositions législatives sont identifiées par la lettre « L » et celles de nature réglementaire par les lettres « R » (décrets en Conseil d'État) et « D » (simples décrets).

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, « [l]e contrat de travail est soumis aux règles de droit commun »⁶⁶. 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 »⁶⁷, il faut noter qu'il ne s'agit pas du contrat de louage de service découlant de la tradition romaniste, mais d'un contrat qui a acquis un visage nouveau, et qui confère au salarié un « véritable "statut" »⁶⁸ en ce qu'il est complété par l'incorporation des éléments de la vision personnelle et statutaire propre à la culture allemande⁶⁹. Le contrat de travail en droit français aurait « 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 »⁷⁰. Il y aurait donc une tendance en droit français, allant du « déclin » au « renouveau du contrat de travail »⁷¹.

Ainsi, avant l'avènement de la législation protectrice des travailleurs, le contrat de louage de service 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 volontés⁷². Les critiques à l'égard de ce contrat, nommé 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 d'une relation de travail caractérisée par l'inégalité⁷³. La doctrine fait état d'une évolution dans la façon de comprendre le rapport de travail. En effet, des juristes comme Georges Scelle, d'abord, et Paul Durand, quelques années plus tard, ont proposé des façons alternatives de concevoir cette relation, le premier voyant dans le contrat de travail un « acte-condition » en vertu

⁶⁶ Art L1221-1 *C trav f.*

⁶⁷ Jean Pélissier, Alain Supiot et Antoine Jeammaud, *Droit du travail*, 24^e éd, Paris, Dalloz, 2008 à la p 700.

⁶⁸ Supiot, *Critique*, *supra* note 1 à la p 30.

⁶⁹ Voir Verge et Vallée, *supra* note 1 aux pp 76–77, 79; Verge, « Réalité », *supra* note 10 aux pp 349–50, 352. Voir aussi Supiot, *Critique*, *supra* note 1 aux pp 27–28.

⁷⁰ Supiot, *Critique*, *supra* note 1 à la p 28.

⁷¹ Pélissier, Supiot et Jeammaud, *supra* note 67 aux pp 699–703. Voir aussi Jeammaud, *supra* note 27 aux pp 416–21.

⁷² Voir Pélissier, Supiot et Jeammaud, *supra* note 67 à la p 699.

⁷³ Voir *ibid.* Voir aussi Jeammaud, *supra* note 27 à la p 416.

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 »⁷⁴.

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 travail⁷⁵. Il s'agit d'une part d'un « authentique contrat », soumis aux règles générales des contrats, mais aussi d'un « *acte-condition*, soumettant le salarié au pouvoir que l'ordre juridique reconnaît à l'employeur et l'intégrant à une collectivité de travail » [italiques dans l'original]⁷⁶. 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 »⁷⁷.

L'interaction entre le contrat et l'ordre public du travail a attiré l'attention de la doctrine⁷⁸, laquelle a souligné que cette conception « dualiste »⁷⁹ 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. En somme, le contrat de travail, qui « “incorpore” en quelque manière une bonne partie du dispositif légal qui forme le droit du travail » a pour « vertu de doter le salarié d'un véritable “statut” »⁸⁰. Ainsi, comme l'a écrit l'Assemblée plénière de la Cour de cassation française, « la seule volonté des parties [est] impuissante à sous-

⁷⁴ Voir Jeammaud, *supra* note 27 aux pp 416–18. Voir aussi Pélissier, Supiot et Jeammaud, *supra* note 67 à la p 700.

⁷⁵ Voir Pélissier, Supiot et Jeammaud, *supra* note 67 aux pp 700–03; Jeammaud, *supra* note 27 aux pp 418–19.

⁷⁶ Pélissier, Supiot et Jeammaud, *supra* note 67 à la p 702.

⁷⁷ *Ibid.* Comme l'a écrit Verkindt, « tout n'est pas contractuel dans le contrat » (voir Pierre-Yves Verkindt, « Le contrat de travail : Modèle ou anti-modèle du droit civil des contrats? » dans Christophe Jamin et Denis Mazeaud, dir, *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003 aux pp 197–224, en particulier aux pp 213–19).

⁷⁸ Voir Supiot, *Critique*, *supra* note 1 à la p 30. 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).

⁷⁹ Voir Pélissier, Supiot et Jeammaud, *supra* note 67 aux pp 702–03.

⁸⁰ Supiot, *Critique*, *supra* note 1 à la p 30.

traire [un travailleur] au statut social qui découl[e] nécessairement des conditions d'accomplissement de son travail »⁸¹.

Ce 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 trav 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 trav f*⁸². Ainsi, le professeur Verkindt parle des « déformations »⁸³ du droit des obligations, motivées par la subordination propre au contrat de travail. Parmi ces déformations, on retrouve un régime de nullité particulier audit contrat, en vertu duquel les dispositions du *C trav f* continuent de s'appliquer même après l'annulation du contrat de travail. Ceci a pour effet que les salaires dus au travailleur conservent cette nature⁸⁴.

Ainsi, même si le *C trav f* interdit d'embaucher ou de conserver à son service un étranger non muni d'un titre l'autorisant à exercer une activité salariée en France⁸⁵, d'autres dispositions reconnaissent des effets juridiques à cette relation irrégulière. Le *C trav f* assimile le salarié étranger à un salarié régulièrement engagé lorsqu'il s'agit d'appliquer les obligations de l'employeur concernant les périodes d'interdiction d'emploi prénatal et postnatal et l'allaitement, la durée du travail et les congés, la santé et sécurité au travail et l'ancienneté dans l'entreprise⁸⁶. Il prévoit de plus 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

⁸¹ Cass Ass plén, 4 mars 1983, (1983) Bull civ I, 5, n°3, (1983) DS Jur 381 à la p 384 (Cabbannes concurrent), commentée dans Supiot, *Critique*, *supra* note 1 aux pp 30–31.

⁸² Voir notamment Verkindt, *supra* note 77 aux pp 198–205. 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 (*ibid* à la p 199).

⁸³ *Ibid* aux pp 199, 205.

⁸⁴ Voir *ibid* aux pp 204–05. Voir aussi Péliissier, Supiot et Jeammaud, *supra* note 67 à la p 223 où les auteurs indiquent que la nullité du contrat de travail de l'étranger qui travaille sans permis est « originale et opère sans rétroactivité ».

⁸⁵ Art L8251-1 *C trav f*.

⁸⁶ Art L8252-1 *C trav f*.

de salaire et, le cas échéant, à la prise en charge par l'employeur de tous les frais d'envoi des rémunérations impayées⁸⁷. Le salarié étranger en situation irrégulière bénéficie aussi des dispositions relatives aux assurances et privilèges de salaires pour les sommes qui lui sont dues⁸⁸. Enfin, le *C trav f* prescrit le paiement des sommes dues à l'étranger sans titre de travail dans un délai de trente jours⁸⁹.

En somme, en droit français, le « couple contrat/statut » constitue le « moyen de saisir l'ambivalence structurelle qui caractérise le droit du travail »⁹⁰, ce qui a donné comme résultat une configuration « dualiste »⁹¹ du rapport de travail.

3. 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. Barbagelata indique qu'

[e]n Amérique latine la querelle controversée [sic] 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 » [italiques dans l'original]⁹².

Barbagelata explique que le « point de départ » de la thèse présentée par le professeur mexicain de la Cueva depuis 1938 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 services⁹³. Selon Barbagelata, de la Cueva décrit la relation de travail « comme une situation juridique objective, indépendante de son origine »⁹⁴. L'auteur mexicain a de plus été influencé par les critiques de 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

⁸⁷ Art L8252-2 *C trav f*.

⁸⁸ Art L8252-3 *C trav f*.

⁸⁹ Art L8252-4 *C trav f*.

⁹⁰ Supiot, *Critique*, *supra* note 1 à la p 33.

⁹¹ Nous reprenons ici l'expression utilisée dans Pélissier, Supiot et Jeammaud, *supra* note 67 aux pp 702–03. Voir aussi Jeammaud, *supra* note 27 aux pp 419–20.

⁹² Hector Hugo Barbagelata, *Introduction aux institutions du droit du travail en Amérique Latine*, Louvain, Presses Universitaires de Louvain, 1980 à la p 93.

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ *Ibid.*

lorsque le travailleur fait l'entrée dans l'entreprise d'autrui⁹⁵. D'ailleurs, Barbagelata précise que,

[t]oujours d'après M. de la Cueva, les bénéfices de la doctrine de la *relación de trabajo* se manifestent par ses conséquences, notamment, le dépassement des problèmes liés à la nullité des contrats et son effet rétroactif [italiques dans l'original]⁹⁶.

Dans son ouvrage intitulé *Derecho mexicano del trabajo*⁹⁷, le professeur de la Cueva expose 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 travail⁹⁸.

En effet, selon la thèse du professeur de la Cueva, il faut distinguer l'accord des volontés de la prestation effective du service. Le premier est notamment 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 est couvert par les régimes de protection prévus par le législateur⁹⁹. Selon cette conception, l'« existence d'une relation 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 nais-

⁹⁵ Voir *ibid* aux pp 93–94.

⁹⁶ *Ibid* à la p 94.

⁹⁷ Mario de la Cueva, *Derecho mexicano del trabajo*, 2^e éd, Mexico, Ediciones Porrúa, 1943. Nous nous sommes permis de traduire certains extraits de cet ouvrage qui sont cités dans le corps du présent texte.

⁹⁸ On voit dans le texte du professeur de la Cueva des références aux auteurs Erich Molitor et Georges Scelle (*ibid* aux pp 381–83).

⁹⁹ *Ibid* aux pp 381–82. En faisant référence aux effets de l'accord de volontés à l'égard du travailleur et de l'employeur, l'auteur indique que le premier doit se mettre à la disposition de son employeur pour que celui-ci utilise sa force de travail, tout en précisant que l'employeur doit permettre au travailleur de fournir le travail (*ibid* à la p 382). L'extrait se lit, en langue espagnole, comme suit :

No debe deducirse de lo expuesto que el acuerdo de voluntades carezca de efectos [...] Esos efectos consisten, respecto del trabajador, en la obligación de ponerse a disposición del patrono para que éste utilice la fuerza de trabajo prometida y, tocante al patrono, en la obligación de permitir al trabajador que desempeñe el empleo que se le hubiere prometido, a efecto de que pueda obtener las ventajas económicas pactadas en el contrato o consignadas en la ley.

sance » [notre traduction]¹⁰⁰, c'est-à-dire l'exécution de la prestation du travail elle-même. Dans ce cadre, de la Cueva est d'avis que la 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 réalité¹⁰¹.

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]¹⁰². 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]¹⁰³.

¹⁰⁰ *Ibid* à la p 383. L'extrait de l'ouvrage du professeur de la Cueva qui contient l'énoncé traduit dans notre texte se lit, en langue espagnole, comme suit :

La existencia de una relación de trabajo depende, en consecuencia, no de lo que las partes hubieren 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 [notes omises].

¹⁰¹ Voir *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 todo valor.

¹⁰² *Ibid*. L'extrait traduit se lit, en langue espagnole, comme suit :

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 aquél acuerdo lo que determina su existencia.

Le professeur de la Cueva indique, tout de suite après, que cette idée a été exposée et les termes « contrat-réalité » ont été utilisés pour la première fois par le Ministre de la Suprême Cour de Justice (« *Ministro de la Suprema Corte de Justicia* »), Alfredo Iñárritu, dans la cause identifiée comme suit dans son texte : « *Competencia 133-36, suscitada entre la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje y el Juez Décimo de lo Civil de la Ciudad de México, para conocer de la reclamación presentada por José Molina Hernández contra la Cía. Mexicana de Petróleo El Aguila, S.A.* » (*ibid*).

¹⁰³ *Ibid* à la p 393. Le texte traduit se lit, en langue espagnole, comme suit :

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

Le professeur uruguayen Plá Rodriguez a identifié dans la pensée du professeur de la Cueva divers concepts qui se ressemblent d'une certaine façon, mais qui sont en réalité distincts¹⁰⁴. En tenant compte de plusieurs passages de l'ouvrage de ce dernier, Plá Rodriguez présente essentiellement deux grandes idées qui ressortent de la 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, à lui seul insuffisant¹⁰⁵. Dans ce contexte, l'inexistence d'une convention intervenue entre l'employeur et le travailleur ou le cas échéant, sa nullité n'exclut pas l'application du droit du travail¹⁰⁶. D'autre part, il y a la place dominante qu'occupe la réalité factuelle 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 seconde idée 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]¹⁰⁷.

Plá Rodriguez indique que c'est la *première* idée, soit celle voulant que l'exécution de la tâche et non le contrat donne accès aux protections du

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.

¹⁰⁴ Américo Plá Rodriguez, *Los principios del derecho del trabajo*, 2^e éd, Buenos Aires, Depalma, 1978 aux pp 243–56. Nous nous sommes permis de traduire certains extraits de cet ouvrage qui sont cités dans le corps du présent texte.

¹⁰⁵ Voir *ibid* aux pp 243–45. Relativement à cette première idée, le professeur Plá Rodriguez indique, à la p 245, ce qui suit en langue espagnole :

La primera es que para pretender la protección del derecho del trabajo no basta el contrato, sino que se requiere la prestación efectiva de la tarea, y que ésta determina aquella protección aunque el contrato fuera nulo o no existiera. Ésta es la idea básica encerrada en la noción de relación de trabajo.

¹⁰⁶ Voir *ibid*.

¹⁰⁷ *Ibid*. Plá Rodriguez indique, en langue espagnole, ce qui suit :

Una segunda idea es la de que en materia laboral ha de prevalecer siempre la verdad de los hechos por encima de los acuerdos formales. 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”.

L'extrait du professeur de la Cueva repris par Plá Rodriguez se retrouve dans de la Cueva, *supra* note 97 à la p 383.

droit du travail, que la plupart des auteurs voient dans la thèse exposée par de la Cueva¹⁰⁸, laquelle représente une façon de concevoir le rapport de travail. Or, il précise que même ceux qui critiquent cette conception acceptent la seconde idée¹⁰⁹, 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* »)¹¹⁰.

La vision présentée par Plá Rodriguez permet ainsi de voir deux éléments dans la thèse du « contrat-réalité » énoncée par de la Cueva. Le premier présente l'exécution du travail comme source de droits et d'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 méthode 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, que celui-ci 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, Barbagelata mentionne notamment les cas du Mexique, de l'Argentine, du Panama et de la Colombie, dont les lois en vigueur à l'époque reconnaissaient des effets juridiques tant au contrat qu'à la relation de travail, ou contenaient une présomption d'existence du contrat de travail fondée sur l'exécution personnelle des tâches par le travailleur¹¹¹. L'auteur réfère particulièrement à la réception de la thèse de la relation de travail dans la loi mexicaine (intitulée, en espagnol, « *Ley Federal del Trabajo* »¹¹²) en ces termes :

¹⁰⁸ Voir Plá Rodriguez, *supra* note 104 aux pp 245–46. 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 245–56 et les notes de bas de page 393–403).

¹⁰⁹ Voir *ibid* à la p 253. L'auteur écrit, en langue espagnole, que : « ...corresponde señalar que los mismos autores que al exponer la teoría del contrato-realidad en su primer significado la criticaron, aceptan la idea encerrada en el segundo sentido –que es de mucho mayor vigencia práctica–... ». L'auteur ajoute que même les partisans « les plus radicaux » de la thèse contractuelle peuvent adhérer au principe de la primauté de la réalité (*ibid* à la p 259). Après avoir reproduit certains commentaires de la doctrine, Plá Rodriguez indique, notamment, que de ceux-ci il ressort « ...que la afirmación de este principio del predominio de los hechos la pueden hacer incluso los partidarios más radicales del criterio contractualista extremo... ».

¹¹⁰ *Ibid* à la p 243. Voir aussi Verge et Vallée, *supra* note 1 aux pp 161–64.

¹¹¹ Voir Barbagelata, *supra* note 92 aux pp 95–96.

¹¹² *Ley Federal del Trabajo*, DOF, 1^{er} avril 1970, 3, en ligne: <www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lft.htm>.

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 exécuté¹¹³.

Plus récemment, la littérature mexicaine a également souligné l'acceptation législative de la théorie fondée sur la relation de travail¹¹⁴, le contenu actuel des articles 20 et 21 de la *Ley Federal del Trabajo*¹¹⁵ étant essentiellement le même que celui décrit par Barbagelata.

¹¹³ Barbagelata, *supra* note 92 à la p 95.

¹¹⁴ Voir Patricia Kurczyn Villalobos, « El contrato laboral; decadencia o modificación » dans Patricia Kurczyn Villalobos et Carlos Alberto Puig Hernández, dir, *Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor de Buen Lozano*, Mexico, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, 435 à la p 450. 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 sources de droits et d'obligations.

¹¹⁵ *Ley Federal del Trabajo*, *supra* note 112, arts 20–21. Notons que la *Ley federal de Trabajo* est une loi de portée générale adoptée par le législateur fédéral mexicain. Cette loi comporte dix-sept titres portant sur les principes généraux, les rapports individuels du travail, les conditions du travail, les droits et les obligations des travailleurs et des employeurs, le travail des femmes, le travail des mineurs, les travaux spéciaux, les rapports collectifs du travail, les grèves, les risques du travail, la prescription, les autorités du travail et services sociaux, le personnel juridique des juntas de conciliation et d'arbitrage, les représentants des travailleurs et des employeurs, le droit de la procédure du travail, les procédures d'exécution et les responsabilités et les sanctions. Les articles 20 et 21 de la *Ley federal de Trabajo* se lisent, en langue espagnole, comme suit :

Artículo 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.

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.

Artículo 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.

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* »¹¹⁶, dont nous nous sommes permis de traduire certains articles mentionnés ci-dessous). 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 haut¹¹⁷, prévoit à son article premier¹¹⁸ 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 qui « s'oblige à réaliser des actes, exécuter des œuvres ou fournir des services en faveur d'une autre personne et sous la dépendance de celle-ci [...] contre rémunération » [notre traduction, nos italiques]¹¹⁹. Pour sa part, la notion de « relation de travail » fait référence à la personne qui

¹¹⁶ *Ley de Contrato de Trabajo* n° 20.744, BORA, 27 septembre 1974, en ligne: <www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25552/texact.htm>. En Argentine, l'adoption des lois du travail de fond, comme la *Ley de Contrato de Trabajo*, relève du législateur fédéral. La *Ley de Contrato de Trabajo* comporte quinze titres portant sur les sujets suivants : dispositions générales, le contrat de travail en général, les modalités du contrat de travail, la rémunération du travailleur, le congé annuel et autres congés, les jours fériés, le travail des femmes, la prohibition du travail des enfants et la protection du travail des adolescents, la durée du travail et le repos hebdomadaire, la suspension de certains effets du contrat de travail, le transfert du contrat de travail, l'extinction du contrat de travail, la prescription et la déchéance, les privilèges et dispositions complémentaires.

¹¹⁷ Voir Barbagelata, *supra* note 92 aux pp 96, 107. Notons que certains numéros d'articles de loi mentionnés par l'auteur diffèrent de ceux de la loi actuelle.

¹¹⁸ En vertu de cet article, le contrat du travail et la relation de travail sont régis par des sources multiples (voir *Ley de Contrato de Trabajo*, *supra* note 116, art 1). Cet article se lit, en langue espagnole, comme suit :

Art. 1° — Fuentes de regulación.

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

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.

¹¹⁹ *Ibid.*, art 21, lequel se lit, en langue espagnole, comme suit :

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,

réalise des actes, *exécute* des œuvres ou *fournit* des services en faveur d'une autre personne, sous la dépendance volontaire de celle-ci et moyennant rémunération, quel que soit l'acte qui est à l'origine de cette relation [notre traduction, nos italiques]¹²⁰.

La loi présume l'existence d'un contrat de travail du fait de la prestation des services¹²¹. Or, la même loi prescrit que les effets de l'inexécution du contrat de travail avant la fourniture effective du travail soient régis par le droit commun, tout en prévoyant le versement d'une indemnité minimale¹²². 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 », la loi étant applicable à partir de l'exécution des services¹²³.

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.

¹²⁰ *Ibid*, art 22, lequél 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.

¹²¹ Voir *ibid*, art 23, lequél 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.

¹²² Voir *ibid*, art 24, lequél 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.

¹²³ Voir Barbagelata, *supra* note 92 à la p 96. Voir aussi *Ley de Contrato de Trabajo*, *supra* note 116, art 24.

Cette façon particulière de concevoir le rapport de travail est complétée par un régime spécial de nullité du contrat de travail¹²⁴. En effet, la loi argentine prévoit que le contrat de travail ne peut avoir pour objet la prestation de services illicites et de services prohibés¹²⁵ et que la nullité du contrat de travail dont l'objet est prohibé ou illicite doit être déclarée d'office par le juge¹²⁶. 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 parties¹²⁷, tandis que celui dont l'objet est prohibé n'affecte pas le droit du travailleur à recevoir les rémunérations ou les indemnités résultant de l'extinction du contrat¹²⁸. 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 réglementent¹²⁹. Lorsque des dispositions de nature légale ou réglementaire interdisent l'emploi de certaines catégories de personnes, ou la réalisation

¹²⁴ Voir Barbagelata, *supra* note 92 à la p 107.

¹²⁵ Voir *Ley de Contrato de Trabajo*, *supra* note 116, art 38. L'article 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.

¹²⁶ Voir *ibid*, art 44, lequel 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.

¹²⁷ Voir *ibid*, art 41, lequel 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.

¹²⁸ Voir *ibid*, art 42, lequel 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.

¹²⁹ Voir *ibid*, art 39, lequel 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.

de certaines tâches, l'objet du contrat sera considéré comme prohibé, mais cette prohibition visera toujours l'employeur¹³⁰.

B. L'approche matérielle : une solution pour pallier les limites d'une approche contractuelle

De l'ensemble des développements précédents, il nous semble 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 », cette dernière notion ne faisant pas appel à la figure contractuelle. La législation québécoise présente des manifestations de ces deux approches. La seconde proposition concerne le fait que le recours au critère factuel permettrait d'élargir le spectre des personnes protégées par le droit du travail. Ce dernier aspect touche un sujet plus large que celui de la nature juridique du rapport d'emploi : il 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 des personnes qui ne sont pas liées par un contrat de travail dans le champ de protection du droit du travail, mais la mesure de cette inclusion sera déterminée par les éléments matériels qui seront 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 —, le choix de considérer l'existence d'une relation de travail ainsi définie comme le critère qui détermine l'application du droit du travail aura des conséquences principalement sur le terrain formel, et plus particulièrement dans les cas de nullité du contrat de travail¹³¹. Par contre, si

¹³⁰ Voir *ibid*, art 40, lequel 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.

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

¹³¹ La théorie de la relation de travail est en effet plus favorable à l'application du droit du travail que la thèse contractuelle lorsque des questions reliées à la nullité du contrat de travail sont en cause. 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, 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

l'on considère qu'une relation de travail existe, par exemple, dès l'exécution d'un travail moyennant rémunération, alors 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, sans avoir même à qualifier leur rapport du point de vue contractuel. En somme, les effets de l'approche dite de la relation de travail sont doubles :

[L]a solution de la relation de travail peut assurer l'application d'une loi relative au travail là où parfois 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 de travail [notes omises, nos soulignements]¹³².

Ces effets dits « systémiques » de l'approche de la relation de travail, en ce qu'ils vont au-delà des situations de nullité du contrat, tiennent d'une part au fait que cette approche suppose une méthode d'analyse particulière¹³³ lorsqu'il s'agit, par exemple, de reconnaître un rapport de travail donnant accès à la protection d'une loi du travail, alors que ce rapport est susceptible de qualifications juridiques variées du point de vue du droit civil des contrats¹³⁴. Comme nous l'avons vu dans les sections précédentes, le fait d'avoir recours au contrat de travail pour définir le rapport visé par le droit du travail n'empêche aucunement de faire appel à une méthode réaliste pour examiner la situation réelle au-delà de la forme contractuelle choisie par les parties. Les tenants d'une complémentarité entre le droit du travail et le droit civil au Québec estiment d'ailleurs que cette méthode est nécessaire¹³⁵. Il reste que l'inclusion dans la loi d'une définition du

qui permet d'assurer que la finalité de protection du droit du travail soit remplie. Voir ci-dessus le texte correspondant aux notes 84–89.

¹³² Verge, Trudeau et Vallée, *supra* note 7 aux pp 63–64.

¹³³ Voir Guylaine Vallée, « Reconnaître la relation de travail dans des modèles organisationnels complexes : une question de méthode? » (2008) 42:3 RJT 519 [Vallée, « Reconnaître »].

¹³⁴ Voir à cet égard l'analyse de l'arrêt *Charron c Drolet*, 2005 QCCA 430, [2005] RJQ 4741 dans Vallée, « Reconnaître », *supra* note 133 aux pp 521–24.

¹³⁵ Voir Fernand Morin, *L'élaboration du droit de l'emploi du Québec : Ses sources législatives et judiciaires*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2011 à la p 80. 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 », Morin 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

rapport de travail, basée sur la constatation de certains éléments factuels, 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, leur donner effet sans avoir à déterminer l'existence d'un contrat liant les parties, ni la qualification d'une telle entente, le cas échéant. 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.

Ces effets systémiques de l'approche de la relation de travail tiennent, d'autre part, au fait que cette approche permet d'intégrer des personnes qui ne sont pas liées par un contrat de travail au champ de protection du droit du travail, même si la mesure précise de cet effet d'inclusion dépend des éléments retenus par le législateur pour définir la relation de travail. Il y a certaines personnes, comme les entrepreneurs dits dépendants, qui ne correspondent pas aux caractéristiques du salariat traditionnel, mais auxquelles on pourrait vouloir étendre l'application des lois du travail. Dans cette hypothèse, l'absence d'une référence exclusive au contrat de travail caractérisé par la « subordination » s'impose nécessairement.

Les recommandations du Rapport Bernier¹³⁶, déposé au Ministère du Travail du Québec en 2003, vont dans le sens des effets systémiques rattachés à l'approche de la relation de travail que nous venons d'exposer. D'une part, ce rapport propose de définir les notions de « salarié » et de « travailleur » à partir d'un critère matériel qui permettrait d'atteindre un plus grand nombre de personnes qui travaillent personnellement pour autrui, moyennant rémunération. Il s'agirait du critère de la dépendance économique, plus inclusif que celui de la subordination juridique propre au contrat de travail¹³⁷. D'autre part, le Rapport Bernier propose d'établir clairement qu'une personne est salariée dès lors qu'elle travaille personnellement pour une autre personne moyennant rémunération et est sous la dépendance économique de cette autre personne, et ce, qu'elle « soit sa-

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* 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.

¹³⁶ *Supra* note 5.

¹³⁷ Voir *ibid* à la p 431 (Recommandation 1) et aux pp 428–31, ainsi qu'aux pp 433–45 (Recommandations 4, 5, 6, 7 et 8).

lariée ou non en vertu d'un contrat de travail »¹³⁸. Cette dernière mention a pour effet de garantir l'autonomie juridique de la définition de « salarié » et de l'affranchir de toute référence au droit civil. Les recommandations d'un autre rapport préparé en 2002 pour la Commission du droit du Canada vont aussi dans le sens de ces effets systémiques¹³⁹. Les auteurs de ce rapport indiquent que pour répondre à la question « 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 service ou d'un contrat de service¹⁴⁰. Au lieu de chercher à identifier les caractéristiques qui distinguent le travail salarié du travail indépendant dans l'établissement du champ de protection du droit du travail, ils recommandent une solution plus inclusive qui serait en lien avec les objectifs de l'Organisation Internationale du Travail 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, à moins qu'il existe des raisons d'intérêt public convaincantes pour créer une définition plus étroite »¹⁴¹. Dans le cadre d'une telle proposition, le critère factuel doit à sa face même prévaloir.

L'interprétation de la notion de « salarié » au sens de la *Ldcc* qu'a récemment retenue la Cour d'appel du Québec démontre qu'une approche matérielle peut être plus inclusive et peut éliminer la prise en compte des critères propres au contrat du travail. Cette décision illustre concrètement les effets systémiques de l'approche de la relation de travail quant à la méthode d'analyse, mais aussi en ce qui concerne l'application des lois du travail à des personnes qui ne répondent pas aux critères constitutifs de la notion classique de « salarié » en droit civil :

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 [italiques dans l'original]¹⁴².

En somme, même si elle se manifeste différemment, l'influence de l'approche de la relation de travail est indéniable dans certains droits du travail de tradition civiliste. En plus de remédier aux limites d'une ana-

¹³⁸ *Ibid* à la p 431 (Recommandation 1) et aux pp 426–29.

¹³⁹ Voir Fudge, Tucker et Vosko, *supra* note 5.

¹⁴⁰ Voir *ibid* à la p 144.

¹⁴¹ *Ibid*.

¹⁴² *Comité conjoint des matériaux de construction*, *supra* note 60 au para 18.

lyse contractuelle du rapport de travail en cas de nullité du contrat et de proposer une méthode d'analyse sensible à la réalité des situations de travail, le recours à cette approche s'avère utile pour repenser les frontières du droit du travail dans le contexte des transformations du travail et de l'entreprise¹⁴³.

II. Le rôle du contrat dans l'accès aux régimes de protection des travailleurs au Québec : un droit en mutation

Même si, comme nous l'avons vu, divers droits de tradition civiliste ont, de manières différentes, intégré certaines caractéristiques de l'approche de la relation de travail à leurs lois en la matière, il reste que la situation du droit québécois est singulière à cet égard. Celui-ci est composé de plusieurs lois du travail distinctes, ayant leur propre champ d'application personnel, défini parfois par des critères matériels, parfois par référence au contrat de travail. L'approche de la relation de travail y a aussi une influence, mais celle-ci n'est ni systématique ni constante, même pour des lois comme le *Ct* dont le champ d'application est défini sans référence explicite au contrat de travail¹⁴⁴. On peut même penser que l'influence de l'approche de la relation de travail en droit québécois varie suivant le décideur plutôt que suivant la loi en cause, avec les effets qui pourraient en découler pour la prévisibilité de l'interprétation de son champ d'application et la sécurité juridique des parties.

Or, toutes les lois du travail que nous avons étudiées ont une caractéristique commune : elles sont d'ordre public¹⁴⁵ et doivent recevoir une in-

¹⁴³ Sur les transformations dans le monde du travail et dans l'entreprise, voir 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 (Qc), Presses de l'Université Laval, 2001, 21; Verge, « Recomposition », *supra* note 5.

¹⁴⁴ Voir la partie I.A.1., ci-dessus.

¹⁴⁵ Dans certains cas, le caractère d'ordre public est explicitement prévu dans la loi (voir *Lnt*, *supra* note 36, arts 93–94; *Latmp*, *supra* note 47, art 4; *Lsst*, *supra* note 46, art 4; *Lés*, *supra* note 37, art 2; *Ldcc*, *supra* note 56, art 11 (s'agissant de la *Ldcc*, le décret est d'ordre public)). En ce qui concerne la *Lnt*, voir aussi *Syndicat de la fonction publique du Québec c Québec (PG)*, 2010 CSC 28, [2010] 2 RCS 61. Relativement au *Ct*, qui ne comporte aucune disposition explicite à cet effet, voir Louise Otis, « L'ordre public dans les relations de travail » (1999) 40:2 C de D 381 aux pp 395–96; Guylaine Vallée, « Lois du travail (objet, effet, mécanismes d'application) et droit commun » dans Guylaine Vallée et Katherine Lippel, dir, *Rapports individuels et collectifs du travail*, JurisClasseur Québec, coll « Droit du travail », Montréal, LexisNexis, 2009 (feuilles mobiles mise à jour 10), vol 1, fasc 2 aux para 31–32. Voir aussi *Isidore Garon*, *supra* note 35 au para 155 où le juge LeBel, dissident, réfère au caractère d'ordre public des articles 100–02 *Ct* sur l'arbitrage de griefs, lequel découle de l'art 100, al 3 *Ct*. Il qualifie également d'ordre public les arts 47, 47.2, 63 *Ct*.

interprétation généreuse qui assure l'accomplissement de leur objet¹⁴⁶. S'il paraît clair qu'une interaction existe entre le droit civil et le droit du travail québécois, 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. Au contraire, les interprétations trop axées sur la forme juridique et qui restreignent les droits des personnes que ces lois visent à protéger devraient être écartées.

L'étude de la jurisprudence démontre que l'application des critères du droit civil des contrats, sans considération de la réalité factuelle ou d'autres critères, restreint l'accès aux lois protectrices des travailleurs et affaiblit, par ce fait même, la possibilité que celles-ci puissent remplir leurs finalités, notamment auprès de ceux qui occupent des emplois atypiques¹⁴⁷ et qui ont aussi besoin de cette protection (A). Ceci explique l'émergence d'une approche, incarnée dans quelques décisions récentes, fondée sur la réalité factuelle, les particularités du travail en cause et les objectifs des lois d'ordre public pour répondre au problème soulevé par l'interaction entre le droit civil et le droit du travail en ce qui concerne l'accès à la protection des lois du travail (B).

A. L'accès des travailleurs atypiques à la protection des lois du travail : illustrations jurisprudentielles

Les travailleurs qui occupent des emplois atypiques éprouvent diverses sortes de difficultés lorsqu'il s'agit d'avoir accès aux protections de la législation du travail¹⁴⁸. 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

¹⁴⁶ Voir *Loi d'interprétation*, RLRQ c I-16, art 41.

¹⁴⁷ Sur la notion de travail atypique, voir Rapport Bernier, *supra* note 5, notamment aux pp 26, 31–37; Lippel, *supra* note 50 aux pp 311–12. Rappelons que nous nous concentrons dans notre texte sur des décisions récentes qui portent sur certaines formes de travail atypique, notre objectif n'étant pas d'étudier de façon exhaustive la jurisprudence sur toutes ces formes d'emploi. Nous avons choisi, notamment, de ne pas aborder la situation des travailleurs sans permis de travail dans le présent texte. Voir à ce sujet 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* » dans Service de la formation continue, Barreau du Québec, *Développements récents en droit du travail (2009)*, vol 310, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2009, 237; Annie Gagnon, « Les travailleurs étrangers et la L.A.T.M.P. » dans Service de la formation continue, Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la santé et sécurité au travail*, vol 346, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2012, 1; Tremblay et Vallée, *supra* note 50 aux para 93–94; Lippel, *supra* note 50 aux pp 330–31.

¹⁴⁸ Voir Rapport Bernier, *supra* note 5; Fudge, Tucker et Vosko, *supra* note 5; Rapport Supiot, *supra* note 5.

l'application de la loi. Nous avons choisi de nous concentrer sur des décisions récentes portant sur cette question et qui mettaient en cause des personnes occupant des emplois à durée déterminée ou occasionnels (1), ou encore des emplois dits autonomes (2). Notre objectif n'est pas de faire une recension exhaustive de la jurisprudence sur ces formes d'emploi, mais simplement d'illustrer, à partir d'exemples choisis mettant en cause des lois différentes, les conséquences que les approches basées sur le droit civil des contrats ou sur la réalité du travail peuvent avoir sur l'accès de ces travailleurs aux protections du droit du travail.

1. Le travail à durée déterminée ou occasionnel

Le travail à durée déterminée ou occasionnel suppose une certaine intermittence dans l'exécution de la prestation de travail, soit parce que celle-ci est prévue pour une durée prédéterminée, soit parce qu'elle a cours de manière imprévisible, suivant les besoins de l'employeur. Dans de telles circonstances, ainsi que l'illustre la jurisprudence, l'exigence d'une condition de forme nécessaire à la formation d'un contrat valide peut entraîner le refus d'accès à d'autres régimes législatifs de protection. Deux arrêts seront examinés dans cette perspective : l'arrêt de la Cour d'appel du Québec *Commission scolaire crie c. Association des employés du Nord québécois (CSQ)*¹⁴⁹, 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 enseignants (a), et l'arrêt *Dionne c. Commission scolaire des Patriotes*¹⁵⁰, dans lequel la Cour suprême du Canada se penche sur le droit au retrait préventif, en vertu de la *Lsst*, d'une enseignante suppléante occasionnelle (b).

a. L'arrêt *Commission scolaire crie*

Dans cette affaire, la validité du contrat d'engagement d'un enseignant en l'absence d'une formalité imposée par une loi d'ordre public¹⁵¹ était en cause, ainsi que le droit de cet enseignant de recourir à la procédure de grief et de bénéficier de la convention collective. Or, cette décision nous apparaît intéressante en raison de l'approche analytique retenue par la Cour d'appel, laquelle tient essentiellement compte de la réalité du rapport de travail et des effets de la position de l'employeur, laquelle priverait un enseignant de la procédure de grief et des conditions de travail

¹⁴⁹ 2012 QCCA 429 (disponible sur CanLII) [*Commission scolaire crie*].

¹⁵⁰ *Supra* note 51.

¹⁵¹ Il s'agit de la *Loi sur l'instruction publique pour les autochtones cris, inuit et naskapis*, RLRQ c I-14 [*Lipac*].

applicables aux enseignants alors que l'objet de l'exigence d'ordre public invoquée par l'employeur était respecté.

Dans cette décision, rendue en 2012, la Cour d'appel devait décider si l'arbitre pouvait se saisir des griefs relatifs à un enseignant-remplaçant, M. Vien, en l'absence d'une résolution adoptée par l'employeur portant sur son engagement, conformément à ce que prévoit la *Loi sur l'instruction publique pour les autochtones cris, inuit et naskapis* (« *Lipac* »)¹⁵². En vertu de cette loi, l'engagement d'un enseignant ou d'une personne occupant une fonction pédagogique ou éducative est généralement prévu pour une année scolaire¹⁵³, en vertu d'un contrat dans lequel la commission scolaire est 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.

Avant l'affaire qui nous occupe, deux arrêts de la Cour d'appel avaient établi que cette disposition de la *Lipac* était d'ordre public, que son respect était nécessaire pour la validité du contrat d'engagement et qu'en l'absence d'un contrat valide, la convention collective ne pouvait pas s'appliquer au salarié, qui n'avait donc pas le droit de recourir à la procédure de griefs. En 1999, dans *Syndicat des professionnelles et professionnels en milieu scolaire du Nord-Ouest c. Commission scolaire crie*¹⁵⁴, 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. Le juge de première instance avait notamment tenu compte du fait que la commission scolaire pouvait conclure des contrats selon les conditions établies dans sa loi constitutive, ainsi que du caractère impératif et d'ordre public des dispositions de la *Lipac*. Le juge avait également fait référence aux règles du CcQ prévoyant qu'une loi peut imposer le respect d'une forme particulière comme condition de formation d'un contrat, que le contrat qui ne respecte pas cette condition peut être frappé de nullité et que la nullité est absolue lorsque la condition de formation en question vise la protection de l'intérêt général¹⁵⁵. Pour le juge Chamberland, qui a écrit le jugement de la Cour d'appel dans cette affaire, les exigences de la *Lipac* sont des « dispositions impératives et d'ordre public, et non de simples formalités; le[ur] respect [...] est une condition *sine qua non* à la validité de l'engagement » [notes omises]¹⁵⁶.

¹⁵² *Ibid.*

¹⁵³ Voir *ibid.*, arts 200–01.

¹⁵⁴ 1999 CanLII 13643 (QC CA), [1999] JQ n° 223 [*Commission scolaire crie 1999*].

¹⁵⁵ Voir arts 1385, 1414, 1416–18, 1421 CcQ.

¹⁵⁶ *Commission scolaire crie 1999*, *supra* note 154 à la p 22.

Trois ans plus tard, dans *Association de l'enseignement du Nouveau-Québec (C.E.Q.) c. Commission scolaire Kativik*¹⁵⁷, 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 de la résolution adoptée par la commission scolaire, il n'y avait pas eu d'engagement. L'enseignant en cause n'était donc pas un salarié pouvant recourir à la procédure de grief et, par conséquent, l'arbitre était sans compétence¹⁵⁸. 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 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 collective¹⁵⁹.

En 2012, devant se pencher à nouveau sur la portée de l'exigence contenue à l'article 202 de la *Lipac*, la Cour d'appel, au vu de l'évolution de la jurisprudence de la Cour suprême en matière de norme de contrôle, applique, 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 M. Vien. La différence de 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 entre la commission scolaire et le salarié 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 « de s'assurer que les salariés qui y sont assujettis bénéficient des droits que leur reconnaît la convention collective de travail »¹⁶⁰. Ainsi, même si la formalité en cause dans cette affaire dépasse le champ du droit civil, c'est la partie de la décision mettant en évidence les avantages d'une approche fondée sur la réalité de la relation d'emploi par rapport à une analyse axée sur les conditions de forme et de validité du contrat qui nous apparaît intéressante aux fins de l'accès aux mécanismes du droit du travail.

M. Vien avait été engagé en 2001 par la Commission scolaire crie comme enseignant remplaçant. N'ayant pas obtenu une place de garderie pour son enfant, il avait dû remettre sa démission en janvier 2004, laquelle avait été refusée par la commission scolaire, qui avait assimilé sa démission à une rupture de contrat dans une résolution datée du 21 janvier 2004. Malgré cette situation, en juillet 2005, M. Vien a été inscrit sur

¹⁵⁷ 2002 CanLII 41150 (QC CA), [2002] JQ n° 2122 [*Commission scolaire Kativik*].

¹⁵⁸ Voir *ibid* au para 7.

¹⁵⁹ Voir *ibid* au para 56.

¹⁶⁰ *Commission scolaire crie*, *supra* note 149 au para 32. Voir aussi para 34–36.

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. M. Vien a commencé à travailler et un contrat d'engagement a été signé quelques mois plus tard entre lui-même et la directrice de l'école, ainsi que par le président du conseil de la commission scolaire. En juin 2006, la directrice a avisé M. 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 M. 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, le 14 août 2006, M. Vien a toutefois 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 ont été déposés par le syndicat représentant M. Vien. Une objection a été soulevée par la commission scolaire, qui alléguait l'absence de compétence de l'arbitre, fondée sur le fait que M. 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 a rejeté l'objection préliminaire et a accueilli les griefs. Il a notamment tenu compte du fait que la commission scolaire a appliqué les conditions de travail contenues à la convention collective au salarié durant plus de six mois et que, ce faisant, elle a accepté que cette convention régisse la situation du salarié. La Cour supérieure a refusé d'intervenir, décision qui fut confirmée par la Cour d'appel, qui a rejeté le pourvoi.

La juge Thibault, au nom de la Cour d'appel, a conclu au caractère raisonnable de la sentence de l'arbitre, ce dernier ayant considéré que la commission scolaire ne pouvait pas invoquer l'absence de la formalité prévue à l'article 202 de la *Lipac* qu'« elle a volontairement et abusivement omis d'accomplir »¹⁶¹ afin de priver M. Vien des conditions de travail prévues dans la convention collective et de 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, du contrat signé et de la prestation effective du travail, tout en ajoutant que la décision contestée n'aurait pas pour effet de porter atteinte à l'ordre public de la *Lipac*, dont l'objet a été respecté¹⁶². Elle s'écarte ainsi du raisonnement antérieur fondé sur les conditions particulières de formation et de validité du contrat d'engagement. Le changement d'approche concernant la norme

¹⁶¹ *Ibid* au para 33.

¹⁶² Voir *ibid* aux para 34–36.

de contrôle applicable lui a permis de donner toute son importance à l'expertise du tribunal spécialisé en droit du travail et de mettre l'accent 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.

Même si cette décision ne concerne pas spécifiquement la notion de « salarié » au sens du *Ct*, 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.

b. L'arrêt Commission scolaire des Patriotes

L'affaire *Commission scolaire des Patriotes* illustre l'incidence qu'une approche fondée uniquement sur le droit civil des contrats peut avoir sur l'accès aux protections d'une loi d'ordre public du travail. La Commission des lésions professionnelles (CLP), la Cour supérieure et deux juges de la Cour d'appel du Québec ont conclu que Mme Dionne, une enseignante suppléante enceinte, n'avait pas droit aux protections relatives au retrait préventif de la *Lsst*¹⁶³ en se fondant sur l'absence d'un contrat de travail, tel que défini dans le *CcQ*¹⁶⁴. 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. Dans ce cadre, ils 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.

Après avoir obtenu son baccalauréat en éducation en décembre 2005, Mme Dionne s'est inscrite, au début de l'année 2006, sur la liste d'enseignants suppléants occasionnels maintenue par la Commission scolaire des Patriotes. 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. L'inscription sur la liste ne conférait à Mme Dionne aucun droit de rappel ni une priorité d'emploi, la commission scolaire pouvant appeler l'enseignant(e) de son choix apparaissant sur cette liste. Depuis son inscription sur la liste au début de l'année 2006, Mme Dionne avait fait 88,15 jours de suppléance durant le reste de

¹⁶³ Voir *supra* note 46, arts 40–48.

¹⁶⁴ Voir art 2085 *CcQ*.

l'année scolaire 2005–2006, c'est-à-dire qu'elle avait travaillé presque à temps plein pendant approximativement la moitié de cette année¹⁶⁵.

En septembre 2006, Mme Dionne a appris qu'elle était enceinte. Deux certificats de retrait préventif faisant état des risques de son lieu de travail pour sa santé et/ou celle de l'enfant à naître ont été émis par son médecin. Dix offres de suppléances ont été faites à Mme Dionne et acceptées par elle entre le 13 et le 30 novembre 2006, sans qu'elle soit réaffectée à d'autres tâches. Estimant qu'un contrat de travail avait été conclu le 13 novembre 2006, la Commission de la santé et de la sécurité du travail (CSST) a informé Mme Dionne qu'elle avait droit aux protections de la *Lsst* et a confirmé cette première décision à l'occasion d'une révision administrative.

Saisie par l'employeur, la CLP a annulé la décision rendue par la CSST et a conclu que Mme Dionne n'était pas une travailleuse au sens de la *Lsst*. Par conséquent, elle ne pouvait bénéficier du droit au retrait préventif de la travailleuse enceinte prévu dans cette loi¹⁶⁶. Puisque la notion de « travailleur » contenue dans la *Lsst* réfère à la personne qui travaille en vertu d'un contrat de travail¹⁶⁷, la CLP a tenu compte de la définition de l'article 2085 CcQ¹⁶⁸, ainsi que des règles générales du droit des obligations, et 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 »¹⁶⁹. Comme Mme Dionne n'était pas en mesure de fournir le travail requis 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 [Mme] Dionne accepte une offre de suppléance, il n'y a pas formation de contrat puisque aucune prestation de travail n'est offerte ou ne peut être offerte par elle¹⁷⁰.

La CLP a également écarté l'argument fondé sur la discrimination.

¹⁶⁵ Voir *Commission scolaire des Patriotes*, *supra* note 51 au para 7.

¹⁶⁶ Voir *Commission scolaire des Patriotes c Dionne*, 2008 QCCLP 3215 [*Commission scolaire des Patriotes* CLP].

¹⁶⁷ Voir la note 48 et le texte correspondant, ci-dessus.

¹⁶⁸ « Le contrat de travail est celui par lequel une personne, le salarié, s'oblige, pour un temps limité et moyennant rémunération, à effectuer un travail sous la direction ou le contrôle d'une autre personne, l'employeur ».

¹⁶⁹ *Commission scolaire des Patriotes* CLP, *supra* note 166 au para 37.

¹⁷⁰ *Ibid* au para 38.

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 (alors de cette Cour), a aussi 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 a été d'avis qu'il n'existait aucun lien d'emploi. Elle a indiqué que Mme Dionne a refusé les suppléances « en raison de l'exercice du droit au retrait préventif »¹⁷¹ et 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 »¹⁷². Les juges majoritaires ont ajouté que l'affectation à d'autres tâches était « par définition impossible » en raison de la nature du travail, et que Mme Dionne « n'a même jamais tenté d'exiger une réaffectation »¹⁷³.

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 travail¹⁷⁴. Elle se penche ensuite sur les mécanismes prévus par le législateur pour atteindre cet objectif, parmi lesquels se trouve le droit de refuser d'exécuter un travail dangereux¹⁷⁵.

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 »¹⁷⁶, 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 »¹⁷⁷, et qu'« un certificat constitue automatiquement une demande d'affectation à une tâche sans risque »¹⁷⁸. 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

¹⁷¹ *Dionne c Commission scolaire des Patriotes*, 2012 QCCA 609 au para 105 (disponible sur CanLII) [*Commission scolaire des Patriotes CA*].

¹⁷² *Ibid* au para 106.

¹⁷³ *Ibid* au para 109.

¹⁷⁴ Voir *ibid* aux para 17–19.

¹⁷⁵ Voir *ibid* aux para 27–29.

¹⁷⁶ *Commission scolaire des Patriotes*, *supra* note 51 au para 23.

¹⁷⁷ *Ibid* au para 22.

¹⁷⁸ *Ibid* au para 5.

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 financière¹⁷⁹. 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 »¹⁸⁰.

Une fois le contexte législatif précisé, 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 celles qui le font sans rémunération¹⁸¹. Tout en soulignant que la loi fait référence à l'existence d'un contrat de travail dans la définition du « travailleur » au sens de la loi et que la prestation de travail est un élément essentiel 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 »¹⁸². Il faut donc considérer que les éléments constitutifs du contrat de travail énoncés à l'article 2085 du CcQ ont été modifiés par le législateur afin d'atteindre les objectifs de la *Lsst*, comme le permet en définitive la disposition préliminaire du CcQ, qui prévoit que les autres lois peuvent « ajouter au code ou y déroger »¹⁸³. Ainsi, à la différence du droit civil, dans le contexte de la *Lsst*, la rémunération n'est pas exigée. De 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 une 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 une incapacité d'exécuter le travail : [...] il est réputé *remplacer* le travail » [italiques dans l'original]¹⁸⁴. Le fait que Mme Dionne invoque le certificat de retrait préventif

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

¹⁷⁹ Voir *ibid* aux para 27, 30.

¹⁸⁰ *Ibid* au para 28.

¹⁸¹ *Ibid* au para 32.

¹⁸² *Ibid* au para 38.

¹⁸³ Voir *ibid* aux para 37–38.

¹⁸⁴ *Ibid* au para 40.

risques pour la santé dans le lieu de travail. La conclusion de la CLP [...] 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 [notre soulignement]¹⁸⁵.

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 à recevoir les bénéfices d'un régime de protection des travailleurs doit être guidée par l'objectif que le législateur cherche à accomplir en instituant ce régime, 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, même si, compte tenu de la définition de la notion de travailleur dans la *Lsst*, la qualification du rapport de travail visé par cette loi ne peut être faite de façon totalement autonome par rapport au droit civil, il faut néanmoins tenir compte du fait que l'ordre public du travail est susceptible de déroger au droit civil concernant le contrat de travail. Ainsi, il faudra considérer les effets de l'ordre public du travail sur les droits et obligations des parties au rapport de travail et sur le droit civil. Pour reprendre les mots de la juge Abella, l'intention du législateur a été de « rejoindre un ensemble de travailleurs beaucoup plus large que celui qui est visé par la notion d'« employé » dans le *Code civil* »¹⁸⁶. Enfin, l'interprétation de la notion de « travailleur » qui donne accès aux avantages de la *Lsst* est indissolublement liée aux droits reconnus dans cette loi.

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

Notons que la CLP a récemment eu l'occasion de se pencher sur la portée de l'arrêt *Commission scolaire des Patriotes* dans l'affaire *Aubé c. Commission scolaire des Navigateurs*¹⁸⁷. Cette décision se préoccupait du cas d'une enseignante à temps partiel inscrite sur une liste de priorité d'emploi, qui avait reçu des indemnités de remplacement du revenu prévues à la *Lsst* lors d'un retrait préventif, et ce, jusqu'à la fin de son contrat d'engagement, mais qui s'est vue refuser le droit à ces indemnités après cette date. La CLP, qui confirme que la requérante n'a pas droit aux in-

¹⁸⁵ *Ibid* au para 45.

¹⁸⁶ *Ibid* au para 37.

¹⁸⁷ 2015 QCCLP 695.

demnités réclamées, tient compte de divers éléments pour décider ainsi¹⁸⁸, dont l'absence de contrat de travail à la suite de la fin du contrat d'engagement. Même si cette décision ne concerne pas la notion de « travailleuse », la partie de la décision qui examine les notions de contrat de travail et de lien d'emploi nous apparaît intéressante aux fins de notre analyse.

La CLP conclut essentiellement à l'absence d'un contrat de travail, car « il n'y a pas eu d'offre de travail de la part de l'employeur » durant la période litigieuse, tout en ajoutant que « la notion de "lien d'emploi" entre la requérante et l'employeur résultant de l'application d'une liste de rappel ne permet pas d'inférer qu'il y a un contrat de travail entre les parties »¹⁸⁹. Elle souligne également que dans *Commission scolaire des patriotes*, la Cour suprême a redéfini la notion de contrat de travail dans le cadre de la *Lsst*, mais qu'elle « n'a cependant pas défini la notion de "fin d'un contrat de travail" dans le cas d'une travailleuse enceinte appelée à effectuer des contrats de remplacement successifs, dont la durée est variable »¹⁹⁰.

L'interprétation qu'offre la CLP de la notion de contrat de travail, qui exclut de cette figure la période comprise entre deux contrats d'engagement pris individuellement, ne nous semble pas tenir compte de la réalité du rapport de travail en cause. Les commentaires incidents du juge Dalfond, dissident en appel dans l'affaire *Commission scolaire des patriotes*, démontrent qu'une autre interprétation, qui tient compte des caractéristiques du travail des enseignants qui font du remplacement, est possible. En faisant référence à la nature du lien unissant l'enseignante suppléante (un statut plus précaire que celui de l'enseignante avec une priorité d'emploi) et la commission scolaire retenue par la CSST, le juge Dalfond estime qu'il est raisonnable de conclure à l'existence d'un contrat de travail entre les parties :

En l'espèce, les deux paliers de la CSST ont opté, comme il se doit, pour une interprétation généreuse de la LSST, en concluant que l'appelante pouvait, aux fins de la LSST, être considérée comme 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 sans discrimination à l'égard de celles qui sont enceintes. Était-

¹⁸⁸ La CLP a notamment fait référence à la jurisprudence de la CLP relative à la présence d'un danger comme condition pour avoir droit aux bénéfices de la *Lsst*, aspect qui ne sera pas objet d'analyse dans notre texte (voir *ibid* aux para 33–34).

¹⁸⁹ *Ibid* aux para 23–24.

¹⁹⁰ *Ibid* au para 32.

il alors déraisonnable de conclure, comme l'a fait la CSST, que l'appelante est une travailleuse sur appel aux fins de la LSST? Clai-
rement, non [notes omises, nos soulignements]¹⁹¹.

D'ailleurs, la majorité de la Cour d'appel a reconnu la continuité du lien d'emploi des enseignants à temps partiel inscrits sur une liste de priorité d'emploi au-delà du caractère intermittent et éphémère du contrat d'engagement qui, pour reprendre les mots de la Cour d'appel dans l'arrêt *Syndicat de l'enseignement de Champlain c. Commission scolaire des Patriotes*¹⁹², tient plus d'un rappel d'une employée que d'un contrat d'embauche. La Cour fait référence aux particularités du lien d'emploi qui lie les enseignants à l'employeur et souligne la nécessité de mettre à jour la terminologie utilisée dans le milieu de l'enseignement pour refléter la réalité actuelle du rapport de travail¹⁹³ :

Le temps est peut-être venu pour les intervenants et le législateur de faire une mise à jour terminologique qui reflète la réalité actuelle, à savoir que le lien d'emploi débute avec l'engagement de l'enseignante et se termine avec son départ volontaire ou forcé (incluant la résiliation du lien d'emploi pour un motif prévu à la convention collective). Pour une enseignante régulière, le contrat d'engagement à durée déterminée (10 mois), que l'on dit renouveler tacitement au début de chaque année scolaire, n'est en réalité qu'une confirmation d'affectation pour l'année en question (tâches, endroit, etc.). De même, pour l'enseignante à temps partiel sur la liste de priorité d'emploi, le contrat d'engagement n'équivaut pas au contrat d'embauche d'une personne qui a postulé pour l'emploi, mais plutôt à un rappel d'une employée bénéficiant d'un droit à cet effet dès que le besoin existe.

En somme, en milieu syndiqué, le contrat d'engagement tient plus de l'affectation annuelle que d'une nouvelle entente créant un lien d'emploi pour une période déterminée. En réalité, tant l'enseignante régulière que l'enseignante à temps partiel sur la liste de priorité d'emploi bénéficient d'un lien d'emploi continu. Dans le premier cas, la convention collective garantit un plein salaire, année après année (continuité de revenu), alors que dans le deuxième cas, la convention donne droit à un salaire uniquement dans la mesure des besoins de l'employeur, année après année (plus l'enseignante acquiert

¹⁹¹ *Commission scolaire des Patriotes CA*, supra note 171 au para 41.

¹⁹² 2010 QCCA 1874, [2010] RJQ 2176, autorisation de pourvoi à la CSC refusée, 33985 (21 avril 2011) [*Syndicat de Champlain*].

¹⁹³ L'arrêt *Syndicat de Champlain* fait toujours autorité, comme le rappelle la Cour d'appel dans un arrêt postérieur : *Syndicat de l'enseignement de Champlain (SEC) c Commission scolaire des Patriotes (CSP)*, 2013 QCCA 1471 aux para 32-41 (disponible sur CanLII).

d'ancienneté, plus ce droit garantit une continuité de revenu) [notes omises, nos soulignements]¹⁹⁴.

Cette jurisprudence confirme que, lorsqu'il s'agit de déterminer si on est en présence d'un contrat de travail, il faut aller au-delà de la dénomination et tenir compte de la réalité du rapport du travail, tout en considérant que diverses variantes du contrat de travail sont possibles.

2. Le travail autonome

Un raisonnement fondé sur le droit civil peut-il 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, la décision de la Commission des relations du travail (CRT) dans *Paquin c. Services financiers Groupe Investors inc.*¹⁹⁵ — maintenue par la Cour supérieure¹⁹⁶, qui a rejeté la demande en révision judiciaire, la Cour d'appel ayant à son tour rejeté la requête pour permission d'appel¹⁹⁷ — nous paraît utile pour explorer les effets qu'une telle approche peut avoir sur l'accès aux normes du travail.

Dans cette affaire, la question était de savoir si le plaignant, M. Paquin, était un salarié au sens de la *Lnt* ou un travailleur autonome ayant conclu un contrat de service. M. Paquin, conseiller financier et directeur de division chez Services financiers Groupe Investors inc., avait déposé deux plaintes pour harcèlement psychologique et congédiement sans cause juste et suffisante en vertu de la *Lnt*¹⁹⁸. La CRT a conclu que M. Paquin n'était pas un « salarié » au sens de la *Lnt*¹⁹⁹ et qu'il ne pouvait se prévaloir de ses dispositions. Même si la définition générale du « salarié » dans la *Lnt* ne comporte pas de référence explicite au contrat de travail²⁰⁰, la CRT s'est appuyée notamment sur les principes énoncés par la Cour d'appel dans l'arrêt *Dicom Express inc. c. Paiement*²⁰¹, qui concernait une action de droit civil dans laquelle la Cour avait interprété la notion de « salarié » au sens de l'article 2085 CcQ pour justifier sa décision. Ni la

¹⁹⁴ *Syndicat de Champlain*, *supra* note 192 aux para 26–27.

¹⁹⁵ 2010 QCCRT 589 (disponible sur CanLII) [*Paquin CRT*].

¹⁹⁶ Voir *Paquin c Commission des relations du travail*, 2011 QCCS 6802 (disponible sur CanLII) [*Paquin CS*].

¹⁹⁷ Voir *Paquin c Services financiers Groupe Investors inc*, 2012 QCCA 37 (disponible sur CanLII) [*Paquin CA*].

¹⁹⁸ Voir *Lnt*, *supra* note 36, arts 123.6, 124.

¹⁹⁹ Voir *Paquin CRT*, *supra* note 195 au para 142.

²⁰⁰ Et ce, même si le législateur fait référence au contrat et au contrat de travail dans d'autres dispositions de la loi (voir *supra* note 38).

²⁰¹ 2009 QCCA 611, [2009] RJQ 924 [*Dicom*].

Cour supérieure²⁰² ni le juge Gagnon de la Cour d'appel, qui a rejeté la demande de permission d'appel²⁰³, n'ont jugé déraisonnable le recours par la CRT aux principes élaborés dans *Dicom*. À cet égard, le juge Gagnon écrivait :

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.

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 rapport²⁰⁴.

Ce n'est pas tant la réponse de la CRT que les motifs de sa décision, fondée sur le CcQ et sur l'arrêt *Dicom*, qui nous intéressent aux fins du présent article. Certains auteurs soulignent que les principes élaborés dans le cadre de litiges en vertu du CcQ sont de plus en plus appliqués par la CRT²⁰⁵ et que cette référence au droit civil pourrait s'expliquer par le fait que, malgré l'absence d'une définition unique du terme « salarié » dans les différentes lois du travail, « les critères analysés par les tribunaux, lorsque vient le moment de se prononcer sur l'existence d'une relation d'emploi, se rejoignent, et ce, peu importe le régime juridique analysé »²⁰⁶. À notre avis, une telle analyse ne tient compte ni des différences de rédaction législative des définitions des notions de « salarié » ou de « travailleur » — qui témoignent de l'ambivalence du législateur québécois quant aux fondements possibles, contractuels ou non, du rapport du travail donnant accès aux lois du travail, ni du refus du législateur de considérer systématiquement le contrat comme l'assise des rapports de travail régi par

²⁰² Voir Paquin CS, *supra* note 196.

²⁰³ Voir Paquin CA, *supra* note 197.

²⁰⁴ *Ibid* aux para 16–17.

²⁰⁵ Voir Luc Deshaies et Josée Gervais, « Contrat de travail ou contrat de service : où se situe l'«autonomie» du travailleur autonome?» dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en droit du travail*, vol 348, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2012, 103 à la p 124.

²⁰⁶ *Ibid* à la p 107.

le droit du travail²⁰⁷ — ni même des finalités des lois en cause, d'ordre public, comme le rappellent la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Commission scolaire des patriotes*²⁰⁸ et la Cour d'appel dans certains arrêts²⁰⁹. C'est dans cette perspective qu'il convient d'examiner l'utilisation que fait la CRT de deux principes issus de l'arrêt *Dicom* dans la décision *Paquin*.

Le premier principe concerne la notion de dépendance économique. Après avoir souligné qu'un lien de subordination doit exister pour qu'une personne puisse être considérée comme un salarié au sens de la *Lnt*²¹⁰, la CRT s'appuie sur les règles énoncées dans l'arrêt *Dicom* pour établir la portée de la subordination juridique, « inhérente au statut de salarié », et pour distinguer celle-ci de la notion de la dépendance économique, jugée insuffisante pour conférer un tel statut²¹¹. Pourtant, le Tribunal du travail avait déjà tenu compte de la dépendance économique comme indice permettant de « détecter » un lien de subordination constitutif du statut de salarié au sens du *Ct* dans des jugements mettant en cause des personnes dont les conditions de travail s'apparentaient à celles d'entrepreneurs dépendants²¹², mais cette jurisprudence n'est pas mentionnée par la CRT. Surtout, il nous semble que la CRT n'a pas — comme l'ont fait la Cour d'appel dans l'arrêt *Agropur*²¹³ et la Cour suprême dans l'arrêt *Commission scolaire des Patriotes*²¹⁴ à l'égard de la *Latmp* et de la *Lsst*, respectivement — tenu compte des objectifs de la *Lnt*, du caractère d'ordre public de ses dispositions et de l'intention du législateur d'élargir le champ d'application de la *Lnt*, révélée par une définition se voulant plus inclusive du statut de salarié²¹⁵. Ces caractéristiques auraient à tout le moins

²⁰⁷ Voir la partie I.A.1., ci-dessus.

²⁰⁸ *Supra* note 51.

²⁰⁹ Voir notamment *Agropur*, *supra* note 51; *Sobeys*, *supra* note 51; *Commission scolaire crie*, *supra* note 149.

²¹⁰ Voir *Paquin* CRT, *supra* note 195 au para 87.

²¹¹ *Ibid* aux para 90–91.

²¹² Voir notamment *Les Pétroles Inc et Les pétroles Irving Inc c Le Syndicat international des travailleurs des industries pétrolières, chimiques et atomiques, locaux 9-700, 9-701, 9-702, 9-703, 9-704*, [1979] TT 209; *Gaston Breton Inc c L'Union des routiers, brasseries, liqueurs douces et ouvriers de diverses industries, local 1999*, [1980] TT 471 [*Gaston Breton Inc*]; *Syndicat de la fonction publique du Québec c Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 1573*, [1997] TT 588, AZ-97147083 (*Azimut*).

²¹³ *Supra* note 51.

²¹⁴ *Supra* note 51.

²¹⁵ Rappelons que la définition du statut de salarié au sens de la *Lnt* comporte, outre une définition générale, des critères cumulatifs, mentionnés dans la *Lnt*, *supra* note 36, art 1(10)(i)–(iii), qui viennent en élargir la portée pour comprendre des personnes qui, en plus de « s'oblige[r] envers une personne à exécuter un travail déterminé dans le cadre et selon les méthodes et les moyens que cette personne détermine » (i), s'obligent à

pu conduire la CRT, comme l'a rappelé la Cour d'appel au sujet de la *Latmp*, à faire preuve de « la prudence et la réserve [qui] s'imposent dans l'usage de la jurisprudence élaborée sur la notion de salarié, d'employé ou d'entrepreneur en application d'autres lois, notamment du *Code civil* »²¹⁶.

Le deuxième principe concerne l'incompatibilité des statuts de salarié et d'employeur. La CRT rappelle, toujours en s'appuyant sur l'arrêt *Di-com*, qu'une même personne ne peut cumuler ces statuts dans l'exécution d'une même tâche, ce qui faisait obstacle à la reconnaissance du statut de salarié de M. Paquin, qui avait embauché une adjointe pour l'assister dans ses fonctions. Même si la CRT indique que « selon les circonstances, une aide occasionnelle n'affecterait pas le statut de salarié »²¹⁷, se conformant ainsi aux principes issus d'un jugement antérieur du Tribunal du travail qui n'est toutefois pas cité dans la décision²¹⁸, elle affirme quelques lignes plus bas qu'elle adhère à la proposition de la Cour d'appel dans *Di-com* concernant « l'incompatibilité entre les statuts d'employeur et de salarié »²¹⁹, faisant fi de la jurisprudence selon laquelle

le statut de salarié peut coexister, chez la même personne et au regard d'une même activité économique ou professionnelle, avec d'autres, comme celui d'actionnaire ou d'administrateur de l'entreprise, celui d'entrepreneur indépendant ou même celui d'employeur [notes omises]²²⁰.

Une affirmation d'incompatibilité formulée en termes absolus semble donner 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 au sens de la *Lnt*. Cette der-

fournir leurs équipements et matériaux (ii) et conservent, à titre de rémunération, une somme couvrant le prix de leur travail et les frais d'exécution du contrat (iii). Pour certains auteurs, cette « définition élargie » a pour effet de clarifier une « parcelle » seulement de la « zone grise » composée de personnes dont le travail s'apparente, pour certains aspects, au salariat et, pour d'autres, à l'entrepreneuriat. La portée réelle de cet élargissement serait limitée puisque celui-ci « ne remet pas en cause les éléments fondamentaux du contrat de travail », en particulier le sous-paragraphe qui renvoie à un lien de subordination (i) (voir Jobin, *supra* note 44 au para 157). Pour d'autres, il s'agit d'un élargissement véritable, puisqu'« [u]ne personne pourrait [...] se voir reconnaître le statut de salarié en vertu de la *Loi sur les normes du travail* sans qu'un tribunal civil ne puisse conclure à l'existence d'un contrat de travail au sens de l'article 2085 C.c.Q. » (voir Deshaies et Gervais, *supra* note 205 aux pp 120–21).

²¹⁶ *Agropur*, *supra* note 51 aux para 18–19.

²¹⁷ *Paquin CRT*, *supra* note 195 au para 133.

²¹⁸ Il s'agit de l'arrêt *Gaston Breton Inc*, *supra* note 212.

²¹⁹ *Paquin CRT*, *supra* note 195 au para 139.

²²⁰ Robert P Gagnon et Langlois Kronström Desjardins, s.e.n.c.r.l., *Le droit du travail du Québec*, 7^e éd, Yann Bernard, André Sasseville, Bernard Cliche et Jean-Guy Villeneuve, dir, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2013 au para 95.

nière approche, réaliste, 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-Britannique²²¹. 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* »²²², tout en précisant dans son analyse qu'il faut examiner la substance réelle de la relation de travail plutôt que faire appel à une approche formaliste qui tient seulement compte du concept juridique de la société des personnes :

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 visée par les lois sur les droits de la personne, 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 rôle²²³.

En somme, la méthode réaliste permet de reconnaître le statut de « salarié » ou de « travailleur » au sens des lois du travail de personnes qui remplissent les conditions qui y sont prévues et qui peuvent aussi être qualifiées comme entrepreneurs ou associés du point de vue du droit commun.

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

Nous avons vu plus haut que Plá Rodriguez a énoncé deux idées qui ressortent de la pensée du professeur de la Cueva²²⁴, principal tenant de

²²¹ Voir *McCormick c Fasken Martineau DuMoulin*, 2014 CSC 39, [2014] 2 RCS 108 [McCormick].

²²² *Ibid* au para 15.

²²³ *Ibid* au para 38.

²²⁴ Voir Plá Rodriguez, *supra* note 104 à la p 245.

la thèse « relationniste » dans la doctrine latino-américaine. La première idée porte sur la façon de concevoir le fondement du rapport de travail au-delà de la convention formelle et à partir de la réalisation effective du travail. La deuxième 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. Cette méthode 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 fondements — contractuels ou non — dudit rapport. Ainsi, peu importe l'approche retenue quant à ces fondements, 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. Il en est ainsi au Québec, où l'approche réaliste est utilisée par les tribunaux ordinaires ou spécialisés²²⁵, même si on a vu dans les affaires étudiées ci-dessus que cela n'est pas toujours le cas. De plus, la Cour suprême a récemment appliqué cette approche dans l'affaire *McCormick*²²⁶. 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 *Human Rights Code* 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. Même face à un choix clair du législateur de viser le rapport fondé sur le contrat de travail, le second volet de la thèse de la relation de travail identifié par Plá Rodriguez — axé sur la méthode — pourra s'avérer utile notamment lorsque plusieurs qualifications juridiques du contrat sont possibles.

Toutefois, lorsque le problème juridique soulevé par une affaire concerne 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 doit être bonifiée par une méthode « contextuelle » tenant compte non seulement de la réalité du travail et des objectifs et des mécanismes des lois d'ordre public, mais aussi des conséquences que la solution adoptée entraînerait sur l'accès aux protections des lois du travail.

L'arrêt *Commission scolaire des Patriotes*²²⁷ nous donne des indications qui vont dans ce sens. Rappelons que dans cette affaire, la Cour su-

²²⁵ Voir Vallée, « Reconnaître », *supra* note 133 à la p 524.

²²⁶ *Supra* note 221.

²²⁷ Voir *supra* note 51.

prême 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. La Cour 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. Il ressort du contexte décrit par la Cour que l'enseignante, qui était inscrite sur une liste de suppléantes, avait effectivement travaillé durant une grande partie de l'année scolaire antérieure. Or, l'enseignante n'avait pas été réaffectée à d'autres tâches, malgré le fait qu'elle avait accepté les offres de suppléances de la commission scolaire tout en invoquant ses deux certificats de retraits préventifs qui, en soi, constituaient une demande d'affectation à un travail sans danger. Selon la Cour, en exerçant son droit de refuser d'exécuter le travail dangereux, l'enseignante était réputée être au travail. Pour la Cour suprême, une interprétation de la loi qui empêche la réalisation de l'objectif législatif ne peut être maintenue.

L'arrêt *Commission scolaire crie*²²⁸ 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 assujéti à la convention collective applicable aux “enseignants” et, en conséquence, de bénéficier des conditions de travail applicables aux “enseignants” »²²⁹. Nous avons vu précédemment que la *Lipac* ajoute une exigence formelle aux conditions de formation du contrat de travail au sens du CcQ, comme celui-ci le permet. Or, ce qui nous intéresse aux fins du présent texte est la logique fondée sur la réalité du rapport de travail, l'objectif des dispositions d'ordre public en cause et les conséquences sur l'accès au droit du travail.

En somme, 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 objec-

²²⁸ *Supra* note 149.

²²⁹ *Ibid* au para 36.

tifs 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 le permet d'ailleurs la disposition préliminaire du CcQ.

En ce sens, il convient de rappeler la portée de la disposition préliminaire du CcQ, qui ouvre la porte à la qualification autonome de certaines situations visées par le droit du travail, comme l'indique 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 porter 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 à l'écarter dans les cas où l'on 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 [notes omises]²³⁰.

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 référence aux notions de droit civil, il doit considérer ces dernières en tenant compte des modifications introduites par l'ordre public du travail. Autrement dit, 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 *Commission scolaire des Patriotes*²³¹, 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 CcQ, explicitement visée par la loi, mais 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*²³² confirme la validité de cette approche et écarte, par ce fait même, l'idée que la logique axée sur les conditions de forme et de validité du contrat doit primer pour décider de l'application des lois du travail. L'évolution de la jurisprudence imposant l'application de la norme

²³⁰ Alain-François Bisson, « La Disposition préliminaire du *Code civil du Québec* » (1999) 44:3 RD McGill 539 aux pp 563–64.

²³¹ *Supra* note 51.

²³² *Supra* note 149.

de contrôle déferente à l'égard des solutions adaptées au droit du travail retenues par les instances spécialisées assure à ces dernières la souplesse nécessaire pour élaborer des décisions qui répondent mieux aux particularités des situations visées par les lois du travail.

Conclusion

Tel que présenté précédemment, 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 tiendrait compte à la fois de la réalité de la relation de travail dans les faits et de l'ordre public du travail, faciliterait l'accomplissement de 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 verraient substantiellement amoindris.

Trois aspects essentiels ressortent des développements précédents et donnent des pistes de solutions aux questions que soulève le recours à la figure contractuelle pour déterminer l'accès aux régimes de protection des travailleurs.

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 ni à la volonté de celles-ci.

Le second aspect à considérer est le caractère d'ordre public des lois du travail. Il est impossible de faire fi de l'ordre public du travail pour déterminer l'accès aux protections établies par le droit du travail. 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 leur 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'accomplisse-

ment de leur objet. Lorsqu'elles font référence aux notions du droit civil, il faut donc en tenir compte tout en respectant les 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 réfère la loi 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* »²³³. La Cour précise également que

[c]ette interprétation plus généreuse de la notion de « travailleur » est non seulement justifiée 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 » [notes omises]²³⁴.

Le troisième aspect concerne la nécessité d'inclure dans les définitions législatives de « salarié » et de « travailleur » des critères matériels, 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 CcQ. 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.

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 CcQ peuvent combler les la-

²³³ *Commission scolaire des Patriotes*, *supra* note 51 au para 37.

²³⁴ *Ibid.*

cunes 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 qu'ils soient adaptés 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 assurera la capacité du droit du travail à remplir sa fonction de protection.
