

ARUC

INNOVATIONS
TRAVAIL
EMPLOI

LE CHAMP D'APPLICATION
DES NORMES DU TRAVAIL
FÉDÉRALES ET LES SITUATIONS
DE TRAVAIL NON
TRADITIONNEL

JEAN BERNIER

DOCUMENT DE RECHERCHE
DR-2007-003



UNIVERSITÉ
LAVAL

Alliance de recherche
universités-communautés
Innovations, travail et emploi

**LE CHAMP D'APPLICATION DES NORMES DU TRAVAIL
FÉDÉRALES
ET LES SITUATIONS DE TRAVAIL NON TRADITIONNEL**

JEAN BERNIER (ARUC)

**Document de recherche
DR-2007-003**

Avril 2007

Cette étude a été réalisée en octobre 2005 pour la Commission sur l'examen des normes fédérales du travail sous la direction de professeur Harry W. ARTHURS, commissaire. Elle est publiée dans l'axe 4 de l'ARUC sur « les protections sociales ».

Les opinions exprimées dans cette étude ne sont pas celles de la Commission sur l'examen des normes du travail fédérales.

Cahiers de l'Alliance de recherche universités-communautés (ARUC)

Collection Document de recherche – DR-2007-003

« Le champ d'application des normes du travail fédérales et les situations de travail non traditionnel »

Jean Bernier

ISBN 978-2-9809826-7-5

Dépôt légal - Bibliothèque et Archives nationales du Québec, 2007

Dépôt légal - Bibliothèque et Archives Canada, 2007

Présentation de l'ARUC-*Innovations, travail et emploi*

La mondialisation, le progrès soutenu et constant des nouvelles technologies et le développement de l'économie du savoir représentent autant de facteurs qui obligent les organisations, quelles qu'elles soient, à innover dans leurs pratiques de travail et de gestion. La réussite de ces innovations exige toutefois de pouvoir compter sur une main-d'œuvre en santé, qualifiée et flexible, bénéficiant d'une sécurité d'emploi et de revenu. Telle est la préoccupation centrale de l'ARUC-*Innovations, travail et emploi*.

Cette alliance de recherche, mise en œuvre par le Département des relations industrielles de l'Université Laval, réunit, pour une période de cinq ans (2005-2010), les principaux chercheurs et acteurs du monde du travail et de l'emploi au Québec. Elle s'appuie d'une part sur une équipe de recherche multidisciplinaire composée de plus de trente chercheurs provenant majoritairement du Département des relations industrielles de l'Université Laval, de même que de l'Université de Montréal, de l'Université du Québec à Montréal, de l'Université du Québec en Outaouais et de l'IRSST. Elle fait d'autre part appel à un vaste réseau de partenaires appartenant autant aux milieux patronaux, syndicaux et gouvernementaux qu'au monde communautaire.

Une approche novatrice en recherche misant sur le partenariat

Une alliance de recherche, telle que l'ARUC-*Innovations, travail et emploi*, constitue une façon novatrice d'aborder l'activité de recherche en associant, à titre de partenaires, une multitude d'organisations (privées, publiques, associatives et communautaires) à la définition des orientations, à la réalisation des activités de recherche ainsi qu'aux activités de diffusion des résultats. En effet, la réalisation des recherches dans le cadre d'une ARUC repose sur la collaboration continue et l'apprentissage mutuel entre des chercheurs et des partenaires de la communauté dans une approche de résolution de problèmes dans les organisations et d'enrichissement des connaissances sur le travail et l'emploi.

Ainsi, en plus des modes traditionnels de diffusion des connaissances, l'ARUC assure la publication de ses travaux dans ses propres collections et recourt à un site Internet dynamique, de même qu'à une cellule de veille stratégique, en vue d'assurer le partage de connaissances et d'expertises entre ses divers membres.

Un vaste programme de recherche

L'ARUC-*Innovations, travail et emploi* propose un vaste programme de recherche, élaboré conjointement avec les partenaires, favorisant la production de connaissances sur les innovations en milieux de travail et leurs conditions associées, soit la formation, la gestion des savoirs et les protections sociales, elles-mêmes objet d'innovations. Les innovations sociales dont il est question, sont de nouvelles approches, pratiques, procédures, règles ou dispositifs introduits en vue d'améliorer les performances, de résoudre un problème important pour les acteurs sociaux et/ou de régler un problème de déficit de coordination.

Les travaux de l'ARUC s'articulent autour de quatre grands axes de recherche, répondant aux enjeux actuels du monde du travail et de l'emploi.

Axe 1 : Innovations et conditions de réalisation du travail

Les travaux de l'axe 1 s'intéressent aux situations de travail en accordant une place importante aux processus qui leur donnent naissance ou qui les transforment. L'intensification du travail, corollaire des évolutions contemporaines du travail, apparaît en filigrane des travaux de cet axe. Les recherches de l'axe 1 portent notamment sur les liens entre différents problèmes de santé au travail et les déterminants bio-psychosociaux dont plusieurs relèvent de l'organisation du travail. Les chercheurs étudient également, en étroite collaboration avec les praticiens de la prévention, les interventions permettant d'améliorer les conditions de réalisation du travail. La mise en place de conditions de réalisation du travail qui permettent d'atteindre à la fois des objectifs de santé et d'efficacité amène les chercheurs à s'intéresser aux maîtres d'œuvre qui définissent les situations de travail (ingénieurs, architectes et gestionnaires de services). La plupart des études se déroulent sur le terrain et mettent directement à contribution les acteurs des milieux de travail. Enfin, certaines recherches s'intéressent aux politiques publiques en matière de santé au travail en réalisant des études comparatives.

Axe 2 : Innovations dans l'organisation et les relations du travail

Les recherches de l'axe 2 portent sur les innovations relatives à l'organisation et aux relations de travail ainsi que sur les nouvelles pratiques de gestion des ressources humaines. Elles se préoccupent également de l'impact de ces innovations sur les performances économiques et sociales. Elles sont regroupées en chantiers sectoriels : (1) le secteur public, (2) le secteur parapublic et (3) le secteur privé. Elles se déroulent enfin dans un chantier transversal traitant de (4) l'attraction et de la rétention de la main-d'œuvre, un problème éminemment important dans le contexte actuel de pénurie de main-d'œuvre.

Axe 3 : Gestion des savoirs et de la formation

Le champ d'études définit dans l'axe 3, soit la gestion des savoirs et de la formation, correspond à l'ensemble des mécanismes de régulation des savoirs et de la formation mis en place par les acteurs sociaux (individus, entreprises, État) et ayant trait aussi bien à la production et à l'acquisition des savoirs qu'à leur utilisation et à leur reconnaissance. Les chercheurs de ce troisième axe de recherche se donnent donc comme objectif d'analyser les innovations dans la gestion des savoirs et de la formation, en cherchant à mettre en lumière celles permettant de mieux résoudre les problèmes de qualification et de formation vécus actuellement par les salariés et les entreprises québécoises. Pour ce faire, les travaux s'articulent autour de deux chantiers distincts, à savoir : (1) la diversification des mains-d'œuvre et la gestion des savoirs ; et (2) les nouveaux acteurs et dispositifs de formation.

Axe 4 : Protections sociales

Dans le contexte actuel de la globalisation, un effritement général des protections sociales peut être constaté. Les chercheurs de l'axe 4 s'intéressent donc à cette réalité à laquelle sont contraintes les sociétés québécoise et canadienne, en s'attardant spécifiquement aux innovations sociales qui sont nécessaires afin de reconstruire un triangle « innovations dans la production – formation – protections sociales » davantage harmonieux. Les chantiers de recherche développés dans l'axe s'orientent donc autour de (1) la protection sociale et les travailleurs atypiques ; (2) les marchés transitionnels, la rémunération et les droits sociaux ; (3) l'équité salariale ; et enfin (4) le système de retraite, les politiques publiques et la relation d'emploi.

Paul-André Lapointe

Michel Bérubé

Co-directeurs de l'ARUC-Innovations, travail et emploi

NOTES SUR L'AUTEUR

Jean BERNIER, détenteur d'un doctorat en sciences sociales du travail (droit) de l'Université de Paris I, il a été professeur au Département des relations industrielles de 1968 à 2005 (UL). À titre de professeur associé, il se consacre maintenant à la recherche et à l'encadrement d'étudiants et d'étudiantes de 2^e cycle.

Ses principaux champs de recherche portent sur le travail atypique et la protection sociale, la situation des jeunes travailleurs, la disparité de traitement en fonction du statut d'emploi et la santé et la sécurité au travail chez les jeunes.

Il a notamment présidé le Comité d'experts sur les besoins de protection sociale des personnes en situation de travail non traditionnelle dont le rapport a été rendu public en 2003.

Depuis, il a eu l'occasion de collaborer et collabore encore étroitement avec divers organismes de jeunes travailleurs non syndiqués, tels que Force jeunesse, Les Toiles des jeunes travailleurs, Droit de Cité (La 20taine) et quelques autres.

Il est également chercheur-consultant à l'IRSST et membre du comité scientifique de l'Opération JeuneSST (IRSST) et du Réseau de recherche en santé et sécurité du travail du Québec.

TABLE DES MATIÈRES

LISTE DES TABLEAUX	IX
LISTE DES ANNEXES	XI
RÉSUMÉ	XIII
INTRODUCTION	1
1. LA QUESTION À L'ÉTUDE	3
2. ÉLÉMENTS DE CONTEXTE	5
2.1. DIVERSIFICATION DES FORMES D'EMPLOIS	5
2.1.1. <i>En fonction de la continuité dans le temps ou de l'horaire de travail</i>	6
2.1.2. <i>En fonction de la durée</i>	6
2.1.3. <i>En fonction du lieu</i>	7
2.1.4. <i>En fonction du type de relation de travail</i>	8
2.2. IMPORTANCE DU PHÉNOMÈNE	9
3. LE CHAMP D'APPLICATION ACTUEL DE LA PARTIE III DU CODE CANADIEN DU TRAVAIL	13
3.1. LE TERRITOIRE	13
3.2. LES PERSONNES	13
3.3. LE CONTENU	16
4. LE STATUT D'EMPLOI ET L'ACCÈS À LA PROTECTION	19
4.1. L'EXCLUSION DE LA PROTECTION	19
4.1.1. <i>La relation de travail ambiguë</i>	20
4.1.2. <i>La relation de travail déguisée</i>	20
4.1.3. <i>Le changement de statut d'emploi</i>	21
4.1.4. <i>La relation de travail triangulaire</i>	22
4.1.5. <i>Les travailleurs couverts par la Partie III du Code</i>	23
4.2. LE NIVEAU DE PROTECTION ASSURÉ PAR LES NORMES	24
4.2.1. <i>Les déficiences ou ambiguïtés dans la formulation</i>	25
4.2.1.1. La disparité de traitement	25
4.2.1.2. L'exigence du service continu	25
4.2.1.3. La durée du travail	26
4.2.2. <i>Les silences ou omissions</i>	26
4.2.2.1. Le cumul d'emplois	26
4.2.2.2. L'accès à des emplois de qualité	27
4.2.2.3. La location de personnel	27
4.2.2.4. La formation du personnel, le travail à domicile, le télétravail	28
5. À LA RECHERCHE D'UNE STRATÉGIE FAVORISANT L'INCLUSION	29
5.1. L'ÉLARGISSEMENT ET LA QUALIFICATION DE LA RELATION D'EMPLOI	30
5.1.1. <i>Le courant jurisprudentiel</i>	32
5.1.2. <i>La dépendance économique</i>	32
5.1.2.1. La parasubordination	32
5.1.2.2. Le salarié par assimilation	34
5.1.2.3. L'élargissement de la notion de salarié	34
5.1.2.4. La présomption du statut de salarié	37
5.1.3. <i>Le contrôle du changement de statut</i>	38
5.2. L'ÉLIMINATION DE LA DISCRIMINATION FONDÉE SUR LE STATUT D'EMPLOI	38
5.2.1. <i>Le principe de l'égalité de traitement</i>	39
5.2.2. <i>Les mesures de freinage</i>	41
5.2.2.1. L'encadrement du recours au contrat à durée déterminée	41
5.2.2.2. L'introduction d'une indemnité de fin de contrat	43
5.2.2.3. Les exclusions	43
5.2.3. <i>Les agences de location de personnel</i>	43
5.2.3.1. L'identification de l'employeur véritable	44

5.2.3.2. Les conditions de travail applicables aux salariés d'agence.....	45
5.2.3.3. Des mesures restrictives.....	47
5.3. LA PROTECTION SOCIALE EN DEHORS DU CADRE DE L'ENTREPRISE	48
5.3.1. <i>L'extension juridique des accords</i>	49
5.3.1.1. La technique de l'extension	49
5.3.1.2. Un exemple de régimes non reliés à l'entreprise	50
5.3.2. <i>Les droits de tirage sociaux</i>	52
CONCLUSION	57
1. DES MODIFICATIONS À LA PARTIE III DU CODE	57
1.1. FACE À L'EXCLUSION	57
1.2. FACE À LA DISPARITÉ DE TRAITEMENT	58
2. DES PRATIQUES PLUS NOVATRICES	60
2.1. LES MESURES DISSUASIVES	60
2.2. LES RÉGIMES COMPLÉMENTAIRES D'AVANTAGES SOCIAUX.....	61
2.3. LES DROITS DE TIRAGE SOCIAUX	61
BIBLIOGRAPHIE.....	65
ANNEXES.....	75

LISTE DES TABLEAUX

Tableau 1 : Tendance de l'emploi atypique au Québec	10
Tableau 2 : Emploi atypique au Canada en 2004	10
Tableau 3 : Emploi atypique par groupe d'âge et par genre en 2002	11
Tableau 4 : Emploi atypique par groupe d'âge et par genre en 1999	11

LISTE DES ANNEXES

Annexe A	76
Annexe B	81
Annexe C	82
Annexe D	85

RÉSUMÉ

Cette recherche s'intéresse à la question de savoir dans quelle mesure, la partie III du *Code canadien du travail*, qui n'a pas été modifiée depuis 1965, est apte à prendre en compte les situations de travail particulières qui caractérisent ces nouvelles formes d'emploi qu'on désigne habituellement sous le vocable d'emploi atypique ou de travail atypique. Elle examine aussi diverses stratégies susceptibles de donner accès à la protection que procure la loi sans égard au statut d'emploi.

Dans un premier temps, l'auteur fait le constat que certaines catégories de travailleurs se trouvent exclus de la protection apportée par la partie III du *Code* qui ne définit pas le terme « salarié », lequel doit alors être entendu selon son acception courante en droit commun. En ce sens, elle est le reflet d'une vision étroite et traditionnelle de la situation de dépendance dans la relation d'emploi ; elle ne permet pas de rejoindre tous les travailleurs qui se trouvent dans une situation de dépendance économique ; elle ne propose aucun moyen de résoudre la question des relations de travail ambiguës ou déguisées ; elle est silencieuse sur les relations de travail triangulaires.

De plus, malgré leur caractère universel, au moins dans leur intention initiale, ces normes du travail ont été conçues en prenant en compte la situation du salarié permanent à temps complet. Il en résulte que le niveau de protection qu'elles assurent n'est pas le même pour tous et pour toutes. Les déficiences ou ambiguïtés dans la formulation conduisent à la disparité de traitement en fonction du statut d'emploi ou à la privation de certains avantages. Les silences ou omissions également, notamment face aux situations de cumul d'emplois, en matière d'accès à des postes permanents ou à la formation en entreprise ou encore en matière de conditions faites aux salariés d'agences de location de personnel.

Face à ces insuffisances ou carences de la loi en matière d'accès à la protection, l'étude examine quelques voies de solutions possibles visant à favoriser l'inclusion des travailleurs atypiques. L'auteur étudie d'abord quatre grandes voies susceptibles d'en élargir le champ d'application : 1- le courant jurisprudentiel, qui revient au *statu quo*, 2- la notion de parasubordination, de portée limitée et utilisée dans certains pays d'Europe, 3- l'assimilation au statut de salarié, procédant au cas par cas, et 4- l'élargissement de la notion de salarié, mettant l'accent sur la dépendance économique, incluant l'entrepreneur dépendant et s'accompagnant à la fois d'une présomption simple du lien de salariat et de mesures de contrôle ou de révision en cas de changement dans le statut du salarié à l'initiative de l'employeur.

En vue d'éliminer la discrimination fondée sur le statut d'emploi, l'étude se penche sur des questions telles que l'égalité de traitement sans égard au statut d'emploi, les mesures de freinage du travail atypique, la réglementation des agences de location de personnel.

Enfin, est abordée la question de la protection sociale en dehors du cadre de l'entreprise, en particulier par l'examen de programmes mis sur pieds grâce au mécanisme de l'extension juridique des conventions collectives et aussi par un regard critique sur l'approche dite des droits de tirage sociaux.

INTRODUCTION

La Partie III du *Code canadien du travail* fut adoptée en 1965 et elle fut modifiée à quelques reprises depuis lors ; les dernières modifications touchant le congé de soignant sont entrées en vigueur en 2004.

Cette partie du *Code* a essentiellement pour objet de définir les conditions minimales de travail auxquelles doivent satisfaire aussi bien les contrats individuels de travail que les conventions collectives conclues en vertu de la partie I du même *Code*. Elle vise à réguler également les conditions dans lesquelles peuvent s'effectuer les licenciements individuels et collectifs. Elle prévoit aussi un mécanisme de plainte de même que les recours qui peuvent être exercés par des salariés qui s'estiment lésés.

En ce sens, elle constitue en quelques sortes la base de la protection sociale dans le cadre de la relation d'emploi.

Cette *Partie III* du *Code*¹ a été adoptée à une époque où les rapports de travail étaient relativement stables et se traduisaient, dans l'immense majorité des cas, dans une relation de travail caractérisée par un lien de subordination juridique du salarié vis-à-vis un seul employeur, pour l'exécution d'un travail sur les lieux physiques de l'entreprise et pour une durée indéterminée, qui pouvait s'étendre sur une longue période.

Or, le marché du travail a connu, depuis une trentaine d'années à tout le moins, des modifications profondes dans sa structure de telle sorte que les formes d'emplois se sont diversifiées et multipliées, obéissant ainsi à des changements importants dans la façon de fournir le travail. De marginales qu'elles étaient, ces formes d'emploi sont devenues à ce point importantes numériquement qu'elles regroupent maintenant, bon an mal an, environ le tiers de la population active et même un peu plus. Même si on désigne sous le vocable d'emplois atypiques ces nouvelles formes d'organisation du travail, il demeure qu'elles sont devenues pour beaucoup de personnes une façon de vivre leur vie de travail.

La question qui se pose est donc celle de savoir dans quelle mesure, cette loi est apte à prendre en compte la situation ou les situations de travail particulières qui caractérisent ces nouvelles formes d'emploi.

Comment tenir compte de la « nature changeante du travail », de même que « des nouvelles formes de structures du lieu de travail et de nouvelles formes de relations de travail. »

Avant de se demander s'il y a lieu de proposer, le cas échéant, des modifications au *Code* actuel, il est important d'essayer de comprendre dans quelle mesure les normes du travail fédérales actuelles protègent ou non différentes catégories de travailleurs et les différents modèles et stratégies susceptibles de régler les problèmes soulevés.

¹ Que, pour des raisons de simplification, nous identifierons désormais simplement sous le vocable de *Code* à moins que le sens ne s'y oppose. De plus, en français, on utilisera le générique masculin sans aucune volonté de discrimination chaque fois que le sens ne s'y oppose pas.

La présente étude comportera donc deux grandes parties, l'une envisage de tenter de cerner le double problème de l'accès à la protection sociale définie dans le *Code* et du niveau de protection accessible en fonction du statut d'emploi, l'autre examinera à partir de réflexions et d'expériences canadiennes et étrangères différentes hypothèses de solutions en vue de mieux adapter la législation actuelle à ces situations nouvelles.

Auparavant il convient de préciser la question à l'étude, de décrire les éléments de contexte pertinents à cette étude, notamment les diverses formes d'emplois atypiques et l'importance du phénomène et de présenter et analyser les dispositions relatives au champ d'application actuel du *Code*.

1. LA QUESTION À L'ÉTUDE

Eu égard au champ d'application de la loi, la question posée comporte deux volets.

D'abord, s'agissant d'une loi qui, en principe, se veut de portée universelle, c'est-à-dire devant couvrir l'ensemble des personnes qui exercent une activité rémunérée dans le cadre d'une relation d'emploi, il s'agit de savoir si certaines catégories de travailleurs à l'emploi d'entreprises assujetties à la législation fédérale canadienne (par exemple des travailleurs indépendants ou autonomes ou des salariés d'agences de location de personnel) se trouvent, pour une raison ou pour une autre, exclus du champ d'application de la Partie III du *Code*. Y'aurait-il à cet égard, certaines ambiguïtés significatives ? Cette exclusion serait-elle imputable à des politiques publiques particulières ou à des ambiguïtés entourant la définition actuelle de la notion de « salarié »² ?

Ensuite, parmi les travailleurs visés par le *Code*, c'est-à-dire des personnes dont le statut de « salarié » ne fait pas de doute, (par exemple, des travailleurs à temps partiel ou temporaires ou des travailleurs qui cumulent plusieurs emplois simultanément ou successivement, des emplois en série) s'en trouve-t-il qui, pour une raison ou pour une autre, seraient privées de la protection que procure, en principe, telle ou telle norme définie dans la loi ou le règlement ou seraient dans une situation telle qu'elles ne pourraient en bénéficier d'une façon efficace ? Quelles sont les conséquences, pour ces travailleurs, d'être exclus du champ d'application de l'ensemble ou d'une partie des normes du travail fédérales ?

Ce n'est qu'après avoir fait le tour de cette question qu'il conviendra de chercher à identifier des exemples de modèles ou de stratégies qui permettent aux travailleurs exclus – aux termes de la loi ou en pratique – d'obtenir, en tout ou en partie, la protection et les avantages conférés par la Partie III du *Code* ? Dans quelle mesure d'autres administrations canadiennes ou étrangères comparables ont-elles déjà adopté des lois ou des mesures innovatrices en vue d'offrir des protections et des avantages à diverses catégories de travailleurs occupant des emplois atypiques et lesquelles ?

On pourra aussi s'interroger, en conclusion, sur les types de mesures les plus susceptibles de répondre aux besoins de protection sociale des travailleurs atypiques dans les entreprises assujetties à la Partie III du *Code*.

² En anglais : « *employee* » ou selon la traduction littérale qu'en fait le *Code* : « employé ». Pour les fins de cette étude, on retiendra le terme français « salarié » pour désigner celui que le *Code* appelle « employé ». En français international, le vocable « employé » est habituellement réservé pour désigner cette catégorie particulière de salariés que sont les employés de bureau par opposition aux « ingénieurs », aux « techniciens » et aux « ouvriers » affectés à la production.

2. ÉLÉMENTS DE CONTEXTE

Afin de répondre à la question à l'étude, à savoir si les normes fédérales du travail couvrent l'ensemble des travailleurs qu'elles visent, c'est-à-dire aussi bien les travailleurs qui correspondent à la définition classique ou traditionnelle du salarié que les travailleurs atypiques, il convient de tenter de cerner cette réalité.

Elle présentera une typologie des formes d'emplois atypiques et les caractéristiques de chacune de même que les problèmes qu'elles soulèvent, en termes généraux. Elle rappellera brièvement les causes de leur expansion rapide au cours du dernier quart ou tiers de siècle.

Elle décrira très brièvement les avantages et les inconvénients qu'elles procurent aux employeurs et travailleurs.

2.1. DIVERSIFICATION DES FORMES D'EMPLOIS

Comme il n'existe pas de définition légale du travailleur atypique, retenons, pour les fins de cette étude, que sera considéré comme atypique, tout statut d'emploi qui s'écarte de la définition classique ou traditionnelle de salarié, c'est-à-dire une personne qui travaille à temps complet, pour un seul et unique employeur, sous sa direction, dans les locaux de l'employeur et pour une durée indéterminée.

En termes plus synthétiques, travail atypique peut être défini par l'absence de l'une ou l'autre des caractéristiques de l'emploi typique. L'emploi typique étant celui :

- 1° qui s'exerce à temps complet, selon des horaires réguliers;
- 2° dans l'établissement de l'employeur;
- 3° en vertu d'un contrat à durée indéterminée.³

C'est donc dire que le concept de travailleur atypique recouvre une grande variété de statuts d'emploi qui ne sont d'ailleurs pas mutuellement exclusifs.

Pour les fins de l'exposé, les travailleurs atypiques peuvent être regroupés sous quatre grandes catégories marquant chacune une rupture avec le travail dit traditionnel⁴

³ BOURHIS, Anne et Thierry WILS. « L'éclatement de l'emploi traditionnel : les défis posés par la diversité des emplois typiques et atypiques », (2001) 56 Relations industrielles 66, p. 72 cité dans Jean Bernier, Guylaine Vallée et Carol Jobin, LES BESOINS DE PROTECTION SOCIALE DES PERSONNES EN SITUATION DE TRAVAIL NON TRADITIONNELLE, Québec, Ministère du travail, 2003, 807 pages, à la page 31.

⁴ On trouvera une typologie un peu différente dans Vosko Leah F., Nancy Zukewich et Cynthia Cranford, « *Le travail précaire : nouvelle typologie de l'emploi* », Perspective, Hiver 2003, Statistique Canada – No 75-011-XPF, pages 40 à 51.

2.1.1. En fonction de la continuité dans le temps ou de l'horaire de travail

L'emploi à temps partiel est une des formes les plus anciennes du travail atypique et diffère du travail typique par la durée de la semaine de travail. Le travail à temps partiel peut être défini de manière objective, en fonction d'une norme, ou subjective, en fonction du nombre d'heures travaillées par les autres travailleurs ayant le même type d'emploi dans une même entreprise.⁵ Il peut être exercé sur une base permanente et régulière dans la même entreprise pour une durée hebdomadaire ou mensuelle déterminée. Il peut aussi s'agir d'un emploi temporaire, occasionnel, sur appel ou encore être réparti entre plusieurs établissements du même employeur ou, pour un salarié donné, chez plusieurs employeurs distincts. Le salarié à temps partiel en situation de cumul d'emplois chez plusieurs employeurs est susceptible de faire face à des conflits d'horaire, notamment lorsqu'il s'agit de réquisition pour du travail en temps supplémentaire.

Le recours au travail à temps partiel assure une plus grande flexibilité dans l'utilisation de la main-d'œuvre et contribue ainsi à en réduire les coûts. De plus, le travail à temps partiel permet de réduire la masse salariale étant donné, qu'à une réserve près⁶, rien n'oblige l'employeur à offrir aux salariés à temps partiel un salaire égal à celui versé aux salariés permanents à temps complet qui ont le même degré de qualification et qui font le même travail. Il est possible également que les salariés à temps partiel soient considérés comme non admissibles aux régimes complémentaires d'avantages sociaux (assurances collectives, régimes complémentaires de retraite, etc.) lorsqu'ils existent. Il en résulte donc des économies additionnelles pour l'employeur qui n'a pas à verser de contributions pour ces salariés.

2.1.2. En fonction de la durée

L'emploi traditionnel se définissant, entre autres, par sa durée indéterminée, laquelle peut parfois s'étendre sur une très longue période allant de l'embauche jusqu'à la retraite, l'emploi atypique se caractérise, pour sa part, par sa précarité dans le temps, précarité étant entendu ici au sens d'« incertain, instable, provisoire, fragile » (Petit Larousse 2002). C'est l'emploi à durée déterminée, l'emploi occasionnel, l'emploi temporaire, l'emploi saisonnier, l'emploi sur appel, lequel s'accompagne souvent d'une astreinte.⁷

La durée du contrat est soit en fonction d'une tâche déterminée à accomplir, soit en fonction d'une période de temps prédéterminée, soit en fonction de la survenance d'un événement.

⁵ Jean Bernier, Guylaine Vallée et Carol Jobin, loc. cit., à la page 33.

⁶ L'article 41.1 de la loi québécoise sur les normes du travail prévoit qu'« un employeur ne peut accorder à un salarié un taux de salaire inférieur à celui consenti aux autres salariés qui effectuent les mêmes tâches, pur le seul motif que ce salarié travaille habituellement moins d'heures par semaine. » Toutefois cette disposition « ne s'applique pas à un salarié qui gagne un taux de plus de fois le salaire minimum. »

⁷ C'est-à-dire une obligation de rester à la disposition de l'employeur durant certaines périodes déterminées (jours ou soirs) de sorte que l'employeur puisse l'appeler au besoin.

Tous ces types d'emploi peuvent, selon les circonstances, être des emplois à temps complets ou à temps partiel. Ils peuvent aussi être remplis soit selon un horaire fixe ou variable.

On peut aussi considérer dans cette catégorie les emplois des salariés d'agence de location de personnel, qui sont souvent des emplois temporaires et à durée déterminée. Compte tenu du fait que ce type d'emploi donne lieu à une relation de travail particulière qu'on appelle la relation de travail triangulaire, elle fera l'objet d'un examen distinct.

2.1.3. En fonction du lieu

Qu'il soit permanent ou temporaire, à temps complet ou à temps partiel, le travail sera considéré comme atypique s'il est exécuté en dehors de l'établissement ou de la place d'affaire de l'employeur.

C'est le travail à domicile et le télétravail qu'il soit fait à domicile ou dans un autre lieu qui n'est pas l'établissement de l'employeur.

Cette forme de travail, lorsqu'elle est possible, comporte des avantages pour l'employeur : réduction des coûts de fonctionnement (frais reliés aux lieux physiques de travail), augmentation de la productivité, baisse de l'absentéisme et, globalement, une plus grande souplesse organisationnelle.⁸

Le télétravail est une forme plus récente du travail effectué en dehors de l'établissement de l'employeur que ce soit à domicile, dans un bureau satellite, dans un centre de télétravail, de façon itinérante, en alternance, voire dans un autre pays.

Il fait son apparition dans les années 70 grâce au progrès réalisé dans les technologies de l'information.⁹ Il se caractérise par la délocalisation du travail, l'absence ou la faible importance des communications personnelles avec des collègues et l'utilisation des technologies de l'information et des communications.¹⁰

Compte tenu des changements que le télétravail suppose dans les modes de contrôle du travail voire dans le degré de contrôle, la qualification de la relation entre le travailleur et l'employeur ou le donneur d'ordre n'est pas toujours évidente. En effet, si dans certains cas, l'existence d'un lien de salariat ne fait pas de doute, dans d'autres situations, il pourra s'agir de travail indépendant ou encore d'une relation pour le moins ambiguë.

À cela, on doit ajouter le cumul d'emplois qui, la plupart du temps, exige du salarié un déplacement d'un lieu physique à un autre en fonction de l'horaire des divers emplois qu'il occupe, le plus souvent à temps partiel.

⁸ Stéphanie Bernstein, Katherine Lippel et Lucie Lamarche, *Les femmes et le travail à domicile : le cadre législatif canadien*, Université du Québec à Montréal, Montréal, mars 2001, 227 pages, à la p. 13 disponible à l'adresse internet suivante : <http://www.swc-cfc.gc.ca/publish/research/010419-0662854500-f.pdf>.

⁹ Alain Pinsonneault et Martin Boisvert, « Le télétravail : l'organisation de demain? », *Gestion*, vol. 21, n° 2, juin 1996, p. 76..

¹⁰ S. Bernstein, K. Lippel et L. Lamarche, *op. cit.*, p. 12-13.

2.1.4. En fonction du type de relation de travail

À ces diverses formes de travail salarié, vient s'ajouter le travail indépendant ou autonome¹¹ et le travail obtenu par l'intermédiaire des agences de location de personnel.¹²

- Le travail indépendant

Ce qui distingue le travail indépendant du travail salarié réside principalement dans la nature de la relation qui lie le travailleur à l'employeur ou au donneur d'ouvrage. Le travailleur indépendant se définit comme étant

« (...) celui qui exerce une profession ou des activités commerciales seul ou avec d'autres, avec ou sans aide rémunérée. Il possède le libre choix des moyens d'exécution et d'organisation de son travail, fournit les outils et l'équipement requis, assume la majeure partie des tâches spécialisées et supporte les risques de profit et de perte découlant de son travail. Il peut exercer ces activités à son propre compte ou par le biais d'une société incorporée. Il se caractérise par un besoin d'autonomie élevé et un besoin modéré de pouvoir, d'enrichissement monétaire et de reconnaissance sociale. »¹³

Il demeure qu'il s'agit là d'un univers hétérogène, le vocable de travail autonome ou indépendant pouvant recouvrir des réalités fort diverses. En effet, celui qu'on désigne comme « entrepreneur indépendant » pourra exercer son activité seul ou encore avec l'aide de membres de sa famille ou même avoir des salariés à son emploi. Dans ce dernier cas, on parlera de micro-entreprise. Par ailleurs, l'« entrepreneur dépendant » est celui qui, tout en satisfaisant à l'ensemble des critères de l'entrepreneur se trouve en situation de dépendance économique vis-à-vis un seul ou quelques donneurs d'ouvrage.

Cette notion de « travail indépendant » obligera à évoquer toute la question des « faux indépendants » de même que celle de la relation de travail ambiguë et de la relation de travail déguisée.

- Les salariés d'agence de location de personnel

Enfin, on considère comme travail atypique en fonction du type de relation d'emploi, le travail obtenu par l'intermédiaire d'une agence de location de personnel. Ce type de relation est appelé triangulaire car il met en présence trois acteurs : le salarié, l'agence de location de personnel qui loue les services de ce salarié et l'entreprise dite utilisatrice ou

¹¹ Dans la présente étude, l'expression « travail indépendant » sera privilégiée à cause de l'ambiguïté de plus en plus grande que comporte le vocable de « travail autonome », certains salariés jouissant parfois d'une large autonomie dans l'exercice de leurs fonctions.

¹² Parfois désignées sous le vocable d'agence de placement, d'agence de travail temporaire ou d'agence de travail intérimaire. Pour les fins de la présente étude, nous utilisons à dessein l'appellation générique d'agence de location de personnel qui paraît refléter mieux cette réalité, couvrir l'ensemble des situations et porter le moins à confusion.

¹³ Gilles Roy, *Diagnostic sur le travail autonome-version synthèse*, Direction des affaires publiques de la Société québécoise de développement de la main-d'œuvre, Montréal, 1997, 81 pages, p. 25.

cliente.

L'ensemble des fonctions normalement dévolues à l'employeur se trouvent partagées entre deux entités. Les fonctions de recrutement, de sélection et d'administration des salaires relèvent de l'agence alors que l'entreprise utilisatrice conserve les fonctions de direction et de contrôle de l'exécution du travail. Cette relation tripartite cause, selon le régime applicable, des problèmes juridiques lorsqu'il s'agit de déterminer celui qui doit être considéré comme l'employeur du salarié, quelles sont les conditions de travail applicables, en termes de congé, par exemple.

Le recours à des agences de location de personnel assure une grande flexibilité, réduit les coûts de gestion de la main-d'œuvre, réduit les charges sociales et peut même être utilisé comme moyen d'évitement syndical.

L'emploi obtenu par l'intermédiaire d'une agence de location de personnel est le plus souvent temporaire et considéré comme tel¹⁴ bien que certaines entreprises peuvent avoir recours à des salariés d'agence pour remplir des fonctions permanentes.

Cette diversification et cet accroissement du travail atypique résultent de plusieurs facteurs conjugués tels que les technologies de l'information, la compétitivité accrue à l'échelle planétaire, le besoin que perçoivent les entreprises d'être plus flexibles notamment au plan des ressources humaines ainsi que les nouvelles formes d'organisation du travail.

On peut aussi penser que ces formes d'emploi, surtout lorsqu'elles sont librement choisies ou consenties, permettent à certains travailleurs de concilier leurs responsabilités professionnelles et familiales et qu'elles comblent, pour d'autres, le désir d'une plus grande autonomie dans l'exercice de leurs activités professionnelles et, de façon plus générale, dans la gestion de leur temps.¹⁵

2.2. IMPORTANCE DU PHÉNOMÈNE

Le marché du travail a connu des changements structurels très importants au cours des quelque trente dernières années. Malgré que le concept de travail atypique soit déjà connu et désigne des formes d'emploi qui existent depuis fort longtemps dans certains cas (v.g. travail à temps partiel, travail occasionnel, travail autonome) alors que d'autres sont apparues plus récemment (v.g. télétravail ou cumul d'emplois) ces diverses formes d'emploi ont connu une augmentation exponentielle au cours du dernier quart ou du dernier tiers de siècle. De numériquement marginales qu'elles étaient, elles regroupent aujourd'hui une part significative de la main-d'œuvre active.

Par exemple, au Québec, selon l'enquête sur la population active de Statistiques Canada, la proportion des personnes se retrouvant dans des emplois atypiques a plus que doublé au cours de cette période. La part de l'emploi atypique est passé de 16.7% de l'emploi total en

¹⁴ Dominique Pérusse, « Disparités régionales et emplois non permanents », *L'Emploi et le revenu en perspective*, Statistique Canada, n° 75-001-XPF, hiver 1997, p. 44..

¹⁵ Voir, Jean Bernier, Guylaine Vallée et Carol Jobin, *Synthèse du rapport final*, page 9

1976 à 29.3% en 1995 et à 36.4%. en 2001. (Tableau 1)

Tableau 1 : Tendance de l'emploi atypique au Québec

Tendance de l'emploi atypique au Québec	
1976	16.7%
1995	29.3%
2001	36.4%
2001	31.2% (excluant les étudiants)
2002	31.6% (excluant les étudiants)

Source: Enquête sur la population active, Statistique Canada

Si nous étendons l'analyse à l'échelle du Canada entier, en utilisant, à peu de chose près les mêmes catégories, on observe que la proportion, en 2004, est la même. (Tableau 2)

Tableau 2 : Emploi atypique au Canada en 2004

Emploi atypique au Canada en 2004	
Emploi total : 15,949,700	100%
Temporaire – temps plein	6.45%
Temps partiel – temporaire	4.35%
Temps partiel - permanent	10.97%
Indépendant (sans salarié)	9.95%
Total des emplois atypiques	31.72%

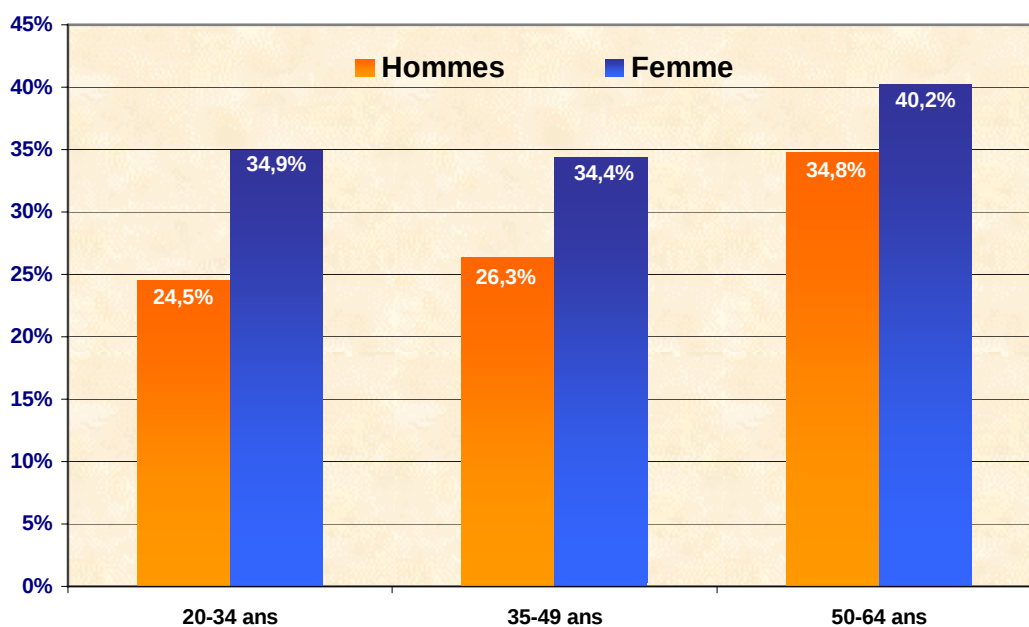
Source: Enquête sur la population active, Statistique Canada

Si on considère le même phénomène par groupe d'âge, on retrouve des travailleurs atypiques dans toutes les catégories d'âge. Néanmoins, la proportion de femmes est constamment plus élevée quelque soit le groupe d'âge.¹⁶ (Tableau 3)

¹⁶ Des distributions statistiques plus détaillées se trouvent dans Vosko et al., loc.cit, (2003), pages 40 à 51.

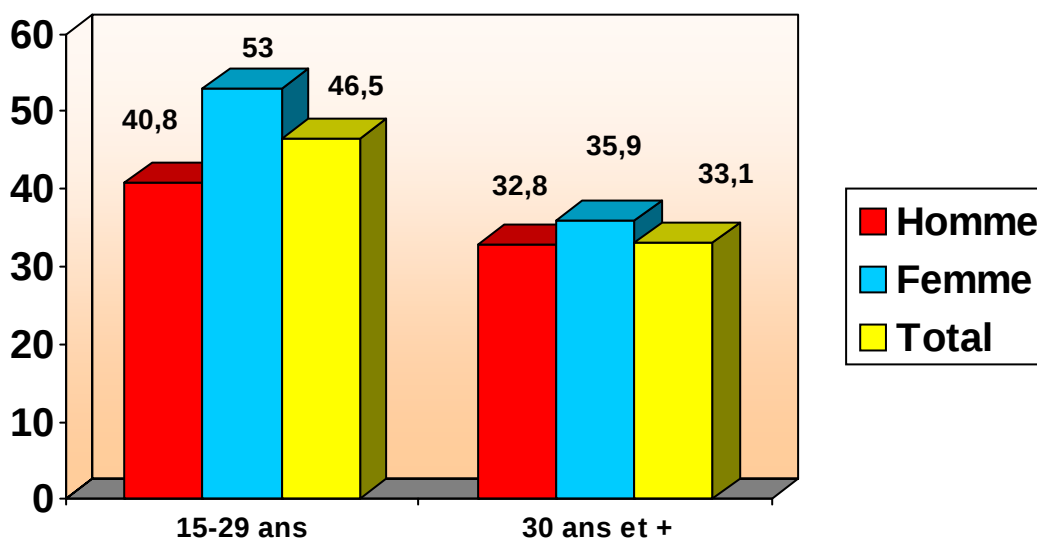
Tableau 3 : Emploi atypique par groupe d'âge et par genre en 2002

Emploi atypique par groupe d'âge et par genre en 2002



Source: Enquête sur la population active, Statistique Canada

Tableau 4 : Emploi atypique par groupe d'âge et par genre en 1999



Source: Enquête sur la population active, Statistique Canada¹⁷

¹⁷ Cité dans Conseil permanent de la jeunesse, *Emploi atypique et précarité chez les jeunes – Une main-d'œuvre à bas prix, compétente et jetable !* Québec, 2001, 113 pages, à la page 23.

3. LE CHAMP D'APPLICATION ACTUEL DE LA PARTIE III DU CODE CANADIEN DU TRAVAIL

Le champ d'application de la loi peut être envisagé au plan territorial, au plan personnel et au plan de son contenu matériel.

3.1. LE TERRITOIRE

Au plan territorial, le *Code canadien* s'applique à l'ensemble du territoire canadien mais uniquement aux entreprises qui relèvent de l'autorité du Parlement du Canada et aux « salariés » qui y œuvrent.

3.2. LES PERSONNES

Selon l'interprétation de la constitution canadienne, la compétence législative première ou usuelle dans les matières relatives au travail appartient aux provinces. C'est pourquoi la plupart des entreprises et des travailleurs au Canada voient leurs conditions de travail et leurs relations de travail déterminées en vertu des lois de leur province ou territoire.

Il demeure cependant que le Parlement canadien a compétence pour légiférer de manière exceptionnelle mais exclusive en matière de travail pour toutes les entreprises œuvrant dans des secteurs d'activité qui relèvent de son autorité.¹⁸

- *Les entreprises*

D'une façon générale, les activités qui relèvent de la compétence fédérale sont les suivantes¹⁹ :

- « a) ceux qui se rapportent à la navigation et aux transports par eau, entre autres à ce qui touche l'exploitation de navires et le transport par navire partout au Canada;
- b) les installations ou ouvrages, entre autres, chemins de fer, canaux ou liaisons télégraphiques, reliant une province à une ou plusieurs autres, ou débordant les limites d'une province, et les entreprises correspondantes;
- c) les lignes de transport par bateaux à vapeur ou autres navires, reliant une province à une ou plusieurs autres, ou débordant les limites d'une province;
- d) les passages par eaux entre deux provinces ou entre une province et un pays étranger;
- e) les aéroports, aéronefs ou lignes de transport aérien;
- f) les stations de radiodiffusion;

¹⁸ Voir, notamment, *Attorney General for Canada c. Attorney General for Ontario*, [1937] A.C. 326. Voir aussi Robert P. Gagnon, *Le droit du travail au Québec*, 5^e édition, 2003, Éditions Yvon Blais, 809 pages, aux pages 3 à 12 et Robert P. Gagnon, Louis Lebel et Pierre Verge, *Droit du travail*, 2^e édition, 1991, Les Presses de l'Université Laval, 1065 pages, aux pages 32 à 40.

¹⁹ Gagnon (2003), loc. cit. page 8 et 9.

g) les banques et les banques étrangères autorisées, au sens de l'article 2 de la *Loi sur les banques*;

h) les ouvrages ou entreprises qui, bien qu'entièrement situés dans une province, sont, avant ou après leur réalisation, déclarés par le Parlement être à l'avantage général du Canada ou de plusieurs provinces;

i) les installations, ouvrages, entreprises ou secteurs d'activité ne ressortissant pas au pouvoir législatif exclusif des législatures provinciales;

j) les entreprises auxquelles les lois fédérales, au sens de l'article 2 de la *Loi sur les océans*, s'appliquent en vertu de l'article 20 de cette loi et des règlements d'application de l'alinéa 26(1)k) de la même loi. »

Cela inclut les entreprises qui lient une province à une autre ou à un autre pays, notamment les chemins de fer, le transport routier, les réseaux de téléphone, de télégraphe et de câble, les pipelines, les canaux, les transbordeurs, les tunnels et les ponts, le transport maritime et les services connexes, la radiodiffusion et la télédiffusion, y compris la câblodistribution, le transport aérien, les aéronefs et les aéroports, les institutions financières, certaines entreprises que le Parlement a déclarées d'intérêt national et la plupart des sociétés d'État relevant de l'autorité du Parlement canadien.²⁰

- Les travailleurs

S'agissant de la Partie III du *Code* qui a pour objet de définir les conditions minimales de travail applicables aux « salariés » de ces entreprises, elle rejoint environ 15 000 employeurs et quelque 10 % de la main-d'œuvre canadienne.

Selon le texte de la Partie III, l'accès à la protection offerte par les normes du travail est réservé « aux employés qui travaillent dans une telle entreprise. »²¹

« De l'absence de définition du terme « employé », on peut conclure que les normes de la Partie III, sous réserve des exceptions qui y sont prévues, s'appliquent au contrat de travail ou de louage de services personnels selon son acception courante en droit commun. »²²

Sans qu'il soit possible de déterminer s'il s'agit de l'expression d'une volonté expresse du législateur ou d'un simple effet de rédaction, force est de constater que la portée de la Partie III, eu égard à la notion de « travailleurs » visés, est plus restreinte que celle de la Partie I du même *Code*.

En effet, non seulement la Partie I définit-elle le terme « employé », mais elle lui assimile celui que l'on désigne comme l'« entrepreneur dépendant ».

²⁰ S'agissant d'une étude portant surtout sur la partie « salariés » ou « travailleurs atypiques », on se limitera à un simple rappel des « employeurs » couverts sans entreprendre une d'analyse ou discussion sur cet aspect de la question.

²¹ C.C.T. art. 167 (1) b).

²² Robert P. Gagnon, Louis Lebel et Pierre Verge, loc. cit., page 151.

Selon la Partie I, est considérée comme « employé », la « personne travaillant pour un employeur ; y sont assimilés les entrepreneurs dépendants et les agents de police privés. Sont exclus du champ d'application de la présente définition les personnes occupant un poste de direction ou un poste de confiance comportant l'accès à des renseignements confidentiels en matière de relations du travail. »²³

Et l'« entrepreneur dépendant », pour sa part, y est ainsi défini :

« Selon le cas :

- a) le propriétaire, l'acheteur ou le locataire d'un véhicule destiné au transport, sauf par voie ferrée, du bétail, de liquides ou de tous autres produits ou marchandises qui est partie à un contrat, verbal ou écrit, aux termes duquel :
 - i) il est tenu de fournir le véhicule servant à son exécution et de s'en servir dans les conditions qui y sont prévues,
 - (ii) il a droit de garder pour son usage personnel le montant qui lui reste une fois déduits ses frais sur la somme qui lui est versée pour son exécution ;
- b) le pêcheur qui a droit, dans le cadre d'une entente à laquelle il est partie, à un pourcentage ou à une fraction du produit d'exploitation d'une entreprise commune de pêche à laquelle il participe ;
- c) la personne qui exécute, qu'elle soit employée ou non en vertu d'un contrat de travail, un ouvrage ou des services pour le compte d'une autre personne selon des modalités telles qu'elle est placée sous la dépendance économique de cette dernière et dans l'obligation d'accomplir des tâches pour elle. »

Ce qu'il faut retenir, c'est que l'accès aux normes minimales définies dans la Partie III repose sur le lien de salariat au sens traditionnel ou classique du terme, à savoir une prestation de travail sous la direction et le contrôle d'une autre personne (l'employeur) moyennant rémunération.

Par ailleurs, il importe peu que le travail soit fourni ou exécuté à temps complet ou à temps partiel, sur une base occasionnelle ou sur appel, pour une durée indéterminée ou pour une durée déterminée, dans les locaux de l'employeur ou à domicile. Le *Code* ne contenant aucune définition ni référence aux formes de travail atypique, il en découle que ces règles communes s'appliquent à tous sans distinction de statut d'emploi.²⁴

²³ C.C.T. art. 3 (1)

²⁴ Toutefois, selon l'article 167 (2), la section I, qui porte sur la durée du travail ne s'applique pas aux employés qui occupent un poste de directeur ou de chef, ou qui exercent des fonctions de direction ni à ceux qui exercent une profession soustraite par règlement à son application, c'est-à-dire les architectes, les dentistes, les ingénieurs, les avocats et les médecins. De même, selon l'article 167 (3), la section XIV, définissant les recours en cas de congédiement injuste, ne s'applique pas aux employés qui occupent le poste de direction.

Cela ne signifie pas pour autant que les règles rejoignent toutes les situations de travail effectué dans des conditions de dépendance ni qu'elles ne peuvent être cause d'iniquité ou de disparité en fonction du statut d'emploi. C'est ce qu'il conviendra d'examiner plus loin. En effet, certains statuts dits atypiques présentent des caractéristiques inhérentes qui empêchent ces catégories de salariés de bénéficier des protections ou avantages prévus par le régime, d'où la nécessité de considérer le contenu des normes.

3.3. LE CONTENU

Les normes contenues dans la Partie III définissent les conditions minimales auxquelles doivent satisfaire les contrats intervenant entre employeurs et salariés. Comme il s'agit de minima, les parties ont le loisir d'y déroger dans un sens plus favorable aux salariés. À cet égard, la loi le prévoit même de façon explicite :

« La présente partie, règlements d'application compris, l'emporte sur les règles de droit, usages, contrats ou arrangements incompatibles mais n'a pas pour effet de porter atteinte aux droits ou avantages acquis par un employé sous leur régime et plus favorables que ceux que lui accorde la présente partie. »²⁵

Par ailleurs, certaines sections ne trouvent pas leur application en présence d'une convention collective qui accorde aux employés des droits et avantages au moins égaux à ceux que prévoit la Partie III en matière de salaire, de jours fériés, de congés annuels et de congés pour décès d'un proche parent.²⁶ La loi reconnaît également une primauté de la convention collective eu égard à la procédure de règlement des litiges qui peuvent résulter de l'application de ces sections.²⁷

Les normes ainsi visées par la Partie III touchent les questions suivantes :

- la durée du travail;
- le salaire minimum;
- l'égalité des salaires;
- les congés annuels;
- les jours fériés;
- les employeurs multiples;
- les réaffectations liées à la maternité, les congés de maternité,
- les congés parentaux et les congés de soignant;
- les congés de décès;
- les licenciements collectifs;
- les licenciements individuels;
- les indemnités de départ;
- la saisie-arrêt;
- les congés de maladie;
- les accidents et maladies professionnelles;
- les congédiements injustes;

²⁵ C.C.T. art. 168 (1).

²⁶ C.C.T. art. 168 (1.1)

²⁷ Ibidem

le paiement des salaires;
le harcèlement sexuel.

La présente étude s'intéressant à la question du champ d'application de la loi, c'est-à-dire à la question de savoir quelles sont les personnes qui sont couvertes et celles qui sont susceptibles d'être exclues en totalité ou en partie de l'application de certaines normes à cause de leur situation particulière, il n'est ni utile ni pertinent de faire ici un examen détaillé des éléments de contenu de chacune des normes.

Un tel examen s'impose pour certaines normes qui comportent des conditions d'application susceptibles de rendre l'application de la loi impossible ou inégale aux personnes en situation de travail atypique.

Il s'agit d'abord des normes qui comportent des conditions d'admissibilité reliées à l'écoulement du temps en termes de durée de service. Pour simplifier la présentation on retrouvera un résumé de ces normes fédérales dans une série de tableaux présentés en annexe A à la présente étude et dont les données sont tirées d'une étude comparative produite en 2005 par le Ministère du travail du Québec et portant aussi bien sur les normes fédérales que sur celles en vigueur dans les provinces et territoires.²⁸

On y constate notamment que la plupart des normes fédérales prévoyant une forme ou une autre de congé (congés fériés, congés annuels, congé parental, congé de maladie, congé de décès) en assujettissent l'accès à une exigence minimale de service continu, laquelle varie en fonction du type de congé.

On notera aussi que la norme touchant les employeurs multiples, non rapportée dans ces tableaux, a un sens précis et très restreint et ne saurait être comprise comme visant toutes les situations de cumul d'emplois.

De plus, la Partie III ne comporte aucune restriction quant à la liberté des employeurs d'avoir recours à un type de main-d'œuvre plutôt qu'à un autre en termes de statut d'emploi, ce qui laisse donc une grande marge de manœuvre, une grande flexibilité aux employeurs et donneurs d'ouvrage. La loi ne contient non plus aucune restriction ni contrôle quant à la liberté de l'employeur de modifier le statut d'emploi d'un salarié déjà en poste, par exemple de convertir un poste à temps complet en poste à temps partiel, de convertir une relation de salariat en contrat d'entreprise.

Cette diversification dans les formes d'emploi ne va pas sans conséquences pour les travailleurs concernés. Elle n'est pas uniquement synonyme de flexibilité ou de diversité; elle entraîne aussi une précarité des conditions de travail et de vie de plusieurs travailleurs, voire leur exclusion du champ d'application du droit du travail.

²⁸ Boisclair, Lise, Pierre Boulet, Pascal-André Dessureault et Yves Hallé, *Une étude comparative de la législation sur les normes minimales du travail au Canada*, Québec, Ministère du travail, juillet 2005, 60 tableaux. Une étude comparative du même genre et portant sur les États-Unis avait été réalisée en 2003 : Hallé, Yves et Geneviève Marineau, *Étude comparative sur les normes du travail dans certains États américains aux États-Unis*, Québec, Ministère du travail, 31 mars 2004, 14 tableaux.

4. LE STATUT D'EMPLOI ET L'ACCÈS À LA PROTECTION

En fait, la Partie III du *Code* de même que l'ensemble du droit du travail ont été conçus historiquement pour assurer une protection légale et conventionnelle au salarié traditionnel. Elle n'a pas été mise à jour de façon à prendre en compte les situations particulières qui résultent de la diversification et de l'accroissement de ces nouveaux statuts d'emploi et de ces nouvelles formes d'organisation du travail.

Cela pose la double question de l'admissibilité des travailleurs non traditionnels aux mesures de protection qu'elle procure et du niveau de protection auquel ont accès les personnes visées.²⁹

4.1. L'EXCLUSION DE LA PROTECTION

Historiquement, tout l'édifice de la protection sociale et de la sécurité s'est construit autour du rattachement du travailleur à l'entreprise dans une relation d'emploi de type « fordiste », laquelle s'inscrit dans la continuité et en vertu de laquelle en échange de la subordination dans l'exécution du travail, le salarié reçoit non seulement une rémunération directe mais diverses formes de protection sociale telle des régimes de retraite ou des régimes d'assurance complémentaire. Et pendant longtemps cette forme d'aménagement de la relation de travail, au plan individuel ou collectif, a paru répondre aux besoins essentiels des travailleurs et de son ménage. Elle assurait aussi une certaine cohésion sociale par son homogénéité et sa stabilité.³⁰

Or, de plus en plus, ce modèle ne correspond pas à la réalité du monde du travail tel qu'il existe aujourd'hui. Grâce aux technologies nouvelles, en raison aussi de la concurrence entre les entreprises dans un contexte de mondialisation, à cause aussi de l'autonomie plus grande dont jouissent dans l'exercice de leur fonction de nombreux travailleurs qualifiés, apparaissent de nouveaux modèles d'organisation du travail qui ne correspondent plus à ces caractéristiques d'unicité de lieu, de contrôle immédiat dans l'exécution, de continuité dans le temps. Qui plus est, il n'y a pas de modèle unique mais une pluralité de situations de travail qui sont susceptibles de soulever autant de questions quant à la nature juridique des rapports entre employeurs ou donneurs d'ouvrage et travailleurs.³¹

D'une part, des salariés au sens traditionnel du terme jouissent d'une plus grande autonomie dans l'exercice de leurs fonctions, des entrepreneurs réellement indépendants sont susceptibles de devenir de plus en plus économiquement dépendants.

²⁹ On aura compris qu'il ne s'agit nullement, dans cette étude, de se prononcer sur le niveau ou le caractère approprié ou non d'une norme donnée, à savoir, par exemple, si le nombre de jours fériés est adéquat ou la durée du congé annuel, mais plutôt d'en connaître les conditions d'accès eu égard à l'admissibilité de ceux qu'on identifie comme travailleurs atypiques.

³⁰ Voir, Alain Supiot, « Transformations du travail et devenir du droit du travail : une prospective européenne », *Revue International du Travail*, vol. 138 (1999), No 1, pages 32 à 48, aux pages 35 à 37.

³¹ Ibidem, page 36.

Si le statut de certains travailleurs demeure clair dans certaines relations, à savoir, employeur et salarié ou donneur d'ouvrage et entrepreneur indépendant, les choses ne sont plus aussi évidentes dans toutes les relations binaires.

Même si, « officiellement », il n'y a toujours que deux statuts légaux, un nombre de plus en plus grand de travailleurs et travailleuses se retrouvent dans une situation difficile à définir, une « zone grise » entre la relation de travail de type classique, fondée sur le statut de « salarié » et le contrat commercial ou contrat d'entreprise, qui caractérise le « travail indépendant ».³²

Cette zone grise se caractérise par une relation de travail ambiguë, voire une relation de travail déguisée.

4.1.1. La relation de travail ambiguë

Il peut arriver qu'une relation soit objectivement ambiguë, soit à cause de l'autonomie relative dont jouit le travailleur dans l'exécution de ses fonctions, soit à cause de la situation de dépendance économique dans laquelle il est placé face à quelques clients, voire face à un seul. Ce sont le plus souvent des « travailleurs économiquement dépendants » et dont le statut exact est parfois difficile à définir.

« Dans certaines situations, les principaux facteurs qui caractérisent la relation de travail ne sont pas clairement apparents. Il n'y a pas volonté délibérée de dissimulation mais plutôt un doute réel quant à l'existence d'une relation de travail. Cette situation peut résulter de la forme particulièrement complexe de la relation entre le travailleur et la personne à qui il fournit son travail, ou de l'évolution de cette relation dans le temps. »³³

Cela pourra être le cas du travailleur indépendant qui, avec le temps, finit par travailler pour le seul et même client ou encore celui du télétravailleur qui jouit d'une grande autonomie dans l'exécution de son travail, qui n'a pas ou très peu de contact physique avec l'entreprise et qui est payé par virements bancaires.³⁴

4.1.2. La relation de travail déguisée

Parfois, il s'agira non pas d'une relation ambiguë mais d'une relation de travail déguisée, que le B.I.T définit ainsi :

« Déguiser une relation de travail consiste à lui donner une apparence différente de la réalité afin d'annuler ou de diminuer la protection assurée par la loi ou d'échapper

³² Voir CARTER, Donald D, Geoffrey England, Brian Etherington and Gilles Trudeau, *Labour Law in Canada*, The Hague – London - New York : Kluwer Law International ; Butterworths, 2002, 406 p, aux pages 84 et suivantes, voir aussi Adalberto Perulli, *Travail économiquement dépendant / parasubordination : les aspects juridiques, sociales (sic) et économiques*, Commission européenne, 2003, 110 pages, page 15 et suivantes.

³³ Conférence Internationale du Travail, 95e Session, 2006, Cinquième item à l'agenda, Rapport V(1), LA RELATION DE TRAVAIL, 87 pages, à la page 12.

³⁴ Ibidem

à la fiscalité et aux obligations en matière de sécurité sociale. Il s'agit donc d'un acte qui vise à dissimuler ou à déformer la relation de travail en la revêtant d'un autre aspect juridique ou en lui donnant une autre forme. La relation de travail déguisée peut aussi correspondre à une situation où l'on dissimule l'*identité de l'employeur* en désignant comme l'employeur un intermédiaire, afin de libérer l'employeur véritable de toute implication dans la relation de travail et surtout de toute responsabilité vis-à-vis des travailleurs. »³⁵

Pour réaliser le déguisement, on aura recours à diverses techniques tels que des contrats civils ou commerciaux de façon à ce que la relation ait l'apparence d'un travail indépendant. Une autre façon de déguiser la relation et de priver le travailleur de certains droits consiste à l'embaucher pour une tâche précise ou pour une période déterminée et de renouveler ce contrat à chaque expiration. Cette technique a pour effet de maintenir le travailleur dans une situation de contrat à durée déterminée et de le priver des avantages reliés au contrat à durée indéterminée et aussi de le priver de l'accès à un emploi permanent. Par exemple, c'est le cas d'un salarié embauché à titre de temporaire pour une durée d'une année et qui voit, depuis quatre ans, son contrat renouveler chaque année, toujours comme temporaire surnuméraire.

Une variante possible dans la relation de travail déguisée peut se retrouver dans le changement de statut d'emploi par décision unilatérale de l'employeur, par exemple de salarié à travailleur indépendant.

4.1.3. Le changement de statut d'emploi

Pour des motifs de réduction des coûts ou d'accroissement de la flexibilité, il est loisible à un employeur de modifier non seulement l'organisation du travail ou les règles d'exécution mais il peut le faire de façon telle que cela ait pour effet de modifier le statut d'emploi du salarié. L'employeur peut, par exemple, mettre fin à l'emploi du salarié et le reprendre à son service comme travailleur indépendant, en vertu d'un contrat d'entreprise, ou encore confier le même travail au même salarié qu'il vient de licencier mais qui a été remis à sa disposition par l'agence de location de personnel qui l'a récupéré.³⁶

Il pourrait aussi abolir un certain nombre de postes de salarié et procéder à une sous-traitance de main-d'œuvre auprès d'une agence, peut-être même une agence qu'il contrôle, sans avoir à justifier la décision et laissant entier le problème de la qualification de la nouvelle relation de travail et de la désignation de l'employeur véritable.

³⁵ Ibidem, à la page 13.

³⁶ Pour d'autres exemples de ce type de situation, voir notamment VALLÉE, Guylaine. « *Pluralité des statuts de travail et protection des droits de la personne: quel rôle pour le droit du travail ?* », (1999) 54 Relations industrielles 277, aux pages 288 à 291.

4.1.4. La relation de travail triangulaire

On la dénomme ainsi car elle s'établit entre les agences de location de personnel et les salariés, d'une part, et entre les agences et les entreprises utilisatrices, d'autre part.

L'incarnation de l'employeur se trouve alors partagée entre deux entités, l'agence de location, d'une part, et l'entreprise cliente, d'autre part, ce qui soulève la difficulté de savoir qui doit être considéré comme l'employeur véritable, l'agence, l'entreprise cliente, tantôt l'une, tantôt l'autre, les deux ? Et quelle est la qualification réelle de la relation entre le travailleur et son ou ses employeurs ? N'y a-t-il pas là aussi risque que les travailleurs concernés soient exclus de certains droits ?

À cet égard, on reconnaît généralement deux situations types entre lesquelles viennent se greffer diverses variantes.³⁷ À une extrémité du continuum, il y a l'agence de travail intérimaire ou de location de personnel au sens habituel ou historique du terme. C'est l'agence qui s'occupe du recrutement et de la sélection des travailleurs, dont elle loue les services à des entreprises utilisatrices, ses clients, habituellement pour effectuer des missions temporaires de remplacement ou pour répondre à un besoin momentané de personnel supplémentaire. S'il y a une continuité dans la relation d'emploi, c'est avec l'agence qu'elle s'établit, les salariés pouvant être affectés par l'agence à diverses missions successives. Par ailleurs, c'est l'entreprise utilisatrice qui assumera les fonctions de direction et de contrôle.

L'autre situation type est celle où l'agence joue simplement le rôle d'agent payeur (« *payrolling* »). C'est un processus en vertu duquel une entreprise fonctionne avec un minimum de personnel qui lui est propre et recourt à des salariés d'agence qui occupent des postes permanents dans l'entreprise. Toutes les fonctions de gestion des ressources humaines sont exercées par le client à l'exception de celles qui touchent la gestion de la rémunération. En pareil cas, le lien de continuité dans la relation de travail s'établit alors avec l'entreprise utilisatrice même si, officiellement, le travailleur est un salarié d'agence dont le rôle est réduit au minimum. Rien n'interdit de croire que le recours à cette technique pourrait être utilisé comme moyen d'évitement syndical (« *union avoidance* »).

Selon le B.I.T., « la principale difficulté, c'est de veiller à ce que, dans ce type de relation, les travailleurs jouissent du niveau de protection que la loi prévoit habituellement pour les travailleurs liés par une relation bilatérale, sans pour autant entraver les initiatives légitimes des entreprises privées ou publiques. »³⁸

³⁷ Voir, par exemple, DAVIDOV, Guy, « *Joint Employer Status in Triangular Employment Relationships* », *British Journal of Industrial Relations*, 42 :4 December 2004 0007-1080 pp. 727-746, aux pages 729 et suivantes

³⁸ Rapport V, *Le champ de la relation de travail*, Bureau international du travail, Genève, 2003, 99 pages, aux pages 55 et 56.

4.1.5. Les travailleurs couverts par la Partie III du Code

La question qui se pose est donc celle de savoir comment se situe la Partie III du *Code* face à cette évolution et aux questions qu'elle soulève et surtout dans quelle mesure elle est capable de prendre en compte ces situations nouvelles et de contribuer à résoudre les difficultés posées par les nouveaux statuts d'emploi.

De façon générale, non seulement en vertu de la Partie III du *Code*, mais aussi selon le droit en vigueur dans les provinces du Canada, aux États-Unis et dans la plupart des pays industrialisés, c'est le statut de « salarié » (« *employé* ») qui est la clé de l'accès à la protection sociale.³⁹

Il est également clair que les personnes ayant un statut d'« entrepreneur indépendant »⁴⁰ et qui fournissent leur prestation en vertu d'un contrat d'entreprise se trouvent exclues de l'application des normes de la Partie III. Mais, les effets de l'absence de statut de salarié dépasse largement l'exclusion de la partie III. En effet, les non-salariés se trouvent aussi exclus de l'assurance-emploi et des protections que procurent les lois relatives à la santé et à la sécurité du travail. Ils sont également exclus du droit à la représentation et à la négociation collective de leurs conditions de travail au sens des lois de relations du travail.⁴¹ Ils ont accès au *Régime de rente du Canada/Québec* pour lesquels ils doivent payer la double cotisation, c'est-à-dire celle qui serait la part du salarié et celle qui serait la part de l'employeur. Dans certains cas, ils pourront bénéficier du régime d'indemnisation pour les accidents du travail et les maladies professionnelles à la condition d'y adhérer sur une base volontaire et d'en payer la cotisation, ce que beaucoup négligent de faire soit par ignorance, soit parce qu'ils n'en ont pas les moyens financiers.

Par ailleurs, en vertu de certaines lois, la définition de « salarié » s'étend à la notion d'« entrepreneur dépendant ».⁴² C'est le cas notamment de la Partie I du *Code*, c'est-à-dire une personne « qui exécute, qu'elle soit employée ou non en vertu d'un contrat de travail, un ouvrage ou des services pour le compte d'une autre personne selon des modalités telles qu'elle est placée sous la dépendance économique de cette dernière et dans l'obligation d'accomplir des tâches pour elle. » Des définitions analogues se retrouvent dans un certain nombre d'autres lois en vigueur au Canada.⁴³

³⁹ Exception faite, dans le cas du Canada, de quelques rares régimes de portée universelle telle que l'assurance santé, le régime de pension du Canada/Régime de rentes du Québec et le régime de pension de sécurité de la vieillesse.

⁴⁰ Celui qu'on appelle souvent le « travailleur autonome ».

⁴¹ Exception faite de certains groupes particuliers pour lesquels a été mis en place aussi bien au Québec qu'au niveau fédéral un régime de rapports collectifs propres à ces travailleurs indépendants que sont les artistes de la scène, du disque et du cinéma. Ce fut par l'adoption au Québec en 1987 de la *Loi sur le statut professionnel et les conditions d'engagement des artistes de la scène, du disque et du cinéma*, Chapitre 2, I, C)). Le Parlement fédéral adopta une loi du même type en 1992 : *Loi sur le statut d'artiste* (L.C. 1992, ch. 33).

⁴² Introduite par Arthurs en 1965. Voir ARTHURS, H.W. « *The Dependant Contractor: A Study of the Legal Problems of Countervailing Power* », (1965) 16 University of Toronto Law Journal 89.

⁴³ Pour une discussion détaillée de la notion de statut d'emploi au Canada, aussi bien au niveau fédéral qu'à celui de certaines provinces et aux États-Unis ainsi que sur les divers tests utilisés par les tribunaux « control test », le « economic relaties test » et le « business integration test », voir : chapitre 4 de dans Jean Bernier, Guylaine Vallée et Carol Jobin,, loc. cit., pages 203 et suivantes.

Malgré tout, cela laisse entier le problème de définir le statut de ceux et celles qui se retrouvent dans une sorte de zone grise parce qu'à certains égards leur situation d'emploi ont des caractéristiques de l'entrepreneur indépendant alors que leurs conditions de travail ressemblent davantage à celles des salariés. Certains employeurs vont être portés à les considérer comme des travailleurs indépendants (« *self-employed* »). Il en résultera, entre autres choses non seulement une flexibilité accrue pour l'employeur, mais aussi des économies substantielles au titre des contributions aux régimes publics d'avantages sociaux : assurance-emploi, pension du Canada ou du Québec et indemnisation des accidents du travail. C'est ce l'on appelle les « faux indépendants ».

Cette question n'est pas propre au Canada et elle préoccupe au plus haut point la communauté internationale, à telle enseigne qu'elle s'est trouvée à l'ordre du jour de la session de la Conférence internationale du travail en 2003 où le thème de la relation d'emploi ambiguë ou déguisée fut largement débattu.⁴⁴

Bien plus, la question sera à nouveau à l'ordre du jour de la 95^e Session de la Conférence en juin 2006 en vue de l'adoption possible d'un instrument : recommandation ou convention.⁴⁵

Il demeure en conclusion de cette section que l'application de la Partie III repose sur la conception la plus traditionnelle qui soit du type de relation de travail donnant ouverture à la mise en œuvre des normes qu'elle définit.

Elle ne contient aucune référence explicite à la dépendance économique qui caractérise la relation qu'ont certains prestataires personnels de services vis à vis leur client, aucun indicateur susceptible de guider les parties et, le cas échéant, les tribunaux dans la qualification de la relation ambiguë ou déguisée, aucun contrôle sur les décisions entraînant un changement de statut d'emploi, aucune précision quant à la responsabilité des entreprises de compétence fédérale qui traitent avec des agences de location de personnel eu égard à la relation qu'elles entretiennent avec les salariés d'agences.

4.2. LE NIVEAU DE PROTECTION ASSURÉ PAR LES NORMES

Malgré le caractère universel des normes prévues dans la Partie III, au moins dans leur intention initiale, et malgré leur applicabilité à l'ensemble des salariés sans distinction de statut, il demeure qu'elles ont été conçues d'abord pour tenir compte de la situation du salarié permanent à temps complet. Cela a pour conséquences que des personnes dont le statut de salariés ne fait pas de doute, mais qui est atypique, ne reçoivent pas une protection équivalente à celle des autres travailleurs qui font le même travail à temps complet dans la même entreprise et ne sont pas en mesure de satisfaire à certaines des conditions définies pour y avoir droit.⁴⁶

⁴⁴ Rapport V, *Le champ de la relation de travail*, Bureau international du travail, Genève, 2003, 99 pages. Voir aussi Jean Bernier, « Salarié, autonome ou... ? Quels droits ? », in *Le Soleil* du 12 juillet 2003, page D 5.

⁴⁵ Conférence Internationale du Travail, 95^e Session, 2006, Cinquième item à l'agenda, Rapport V(1), LA RELATION DE TRAVAIL, 87 pages. <http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc95/reports.htm>

⁴⁶ Sur cette question, voir par exemple : VALLÉE, Guylaine. « Pluralité des statuts de travail et protection des droits de la personne: quel rôle pour le droit du travail ? », (1999) 54 *Relations industrielles* 277., BERNIER,

Le *Code* ne comporte aucune obligation pour l'employeur d'accorder un traitement égal à tous ses salariés qui font le même travail et qui ont le même degré de qualification mais qui ont un statut d'emploi différent. Par exemple, au-delà du salaire minimum prévu à la loi, rien n'oblige un employeur à verser égal à deux salariés qui exécutent le même travail, avec le même niveau de qualification.

Pour les fins de l'exposé, on peut regrouper ces observations sous deux grands titres : les déficiences ou ambiguïtés dans la formulation des normes actuelles et les silences ou omissions de la loi. : la non-obligation d'accorder un traitement égal, l'exigence du service continu, la durée du travail, le changement de statut d'emploi, le cumul d'emplois, l'accès à des emplois de qualité, la relation de travail triangulaire.

4.2.1. Les déficiences ou ambiguïtés dans la formulation

4.2.1.1. La disparité de traitement

La disparité de traitement fondée sur le statut d'emploi n'est en aucune façon prohibée par la loi. Dans la mesure où l'employeur respecte les conditions minimales définies dans la loi ou les règlements, il n'a aucune obligation d'accorder à ses salariés atypiques les mêmes conditions qu'ont les salariés à temps complet qui ont les mêmes qualifications et qui font le même travail. C'est ainsi que ces salariés atypiques pourront non seulement recevoir un salaire moindre pour le même travail mais pourront également ne pas avoir le même nombre de jours fériés et payés que les autres lorsque ce nombre est supérieur à celui prévu dans la loi. Ils pourront aussi être exclus des régimes d'avantages sociaux, assurances collectives, régime de retraite, accessibles aux salariés permanents. Notons que cela existe non seulement au plan des relations individuelles de travail mais également, en toute légalité, dans les conventions collectives. Le syndicat majoritaire bénéficiant du monopole de représentation pour un groupe donné de salarié peut être partie à une convention prévoyant des conditions de travail différentes pour des salariés ayant des statuts d'emploi distincts.

4.2.1.2. L'exigence du service continu

Comme il a été démontré dans la série de tableaux de l'annexe A, l'accès à plusieurs avantages prévus dans la Partie III est assujéti à une exigence de service continu. Par exemple, il faut 30 jours de service continu et 15 jours de travail dans les 30 derniers jours pour avoir droit à un jour férié rémunéré, 3 mois pour un congé de maladie ou pour un congé de décès. Or, il n'est pas rare que des salariés temporaires, occasionnels, sur appel ou sous toute autre forme de contrat à durée déterminée ne puissent jamais se qualifier pour bénéficier de ces congés. On peut même imaginer qu'il est possible pour un employeur particulièrement soucieux d'économies de conclure des contrats à durée déterminée qui prennent fin avant que le salarié ne remplisse la condition et qu'il soit renouvelé par la suite.

Jean et Guylaine Vallée, « Pluralité des situations de travail salarié et égalité de traitement en droit du travail québécois », in *ANALYSE JURIDIQUE ET VALEURS EN DROIT SOCIAL*, ÉTUDES OFFERTES À JEAN PÉLISSIER, Paris, Dalloz, 2004, 631 pages, aux pages 69 à 91. Voir aussi les chapitres 3 et 4 de BERNIER, Jean, Guylaine Vallée et Carol Jobin, op. cit.

4.2.1.3. La durée du travail

La norme relative à la durée du travail du travail soulève deux questions : celle de la durée normale, c'est-à-dire la durée quotidienne ou hebdomadaire au-delà de laquelle le travail est considéré comme effectué en temps supplémentaire et rémunéré à un taux majoré et celle de la durée maximale de travail, c'est-à-dire la durée au-delà de laquelle un employeur ne peut faire travailler un salarié. À cela vient s'ajouter la question du repos hebdomadaire.

L'absence de norme en matière de durée quotidienne de travail est susceptible d'être tout à fait inéquitable pour les salariés à temps partiel. Ils peuvent être appelés à travailler de très longues heures sur une base quotidienne (par exemple 12 heures par jours durant 3 jours) mais trop peu pour atteindre le nombre hebdomadaire requis pour avoir droit taux applicable au travail en temps supplémentaire. Et si cela se produit chez plusieurs employeurs distincts du même salarié, il pourrait dépasser la cible hebdomadaire sans jamais être payé au taux majoré.

Si cette difficulté se pose dans le droit de certaines provinces, elle est absente de la partie III du *Code* qui fixe la durée normale quotidienne à huit (8) heures.⁴⁷

Il en va autrement de la durée maximale fixée à quarante-huit (48) heures par semaine, laquelle peut être une moyenne établie sur deux semaines à la condition que cet étalement ait été approuvé par soixante-dix pour cent des salariés concernés ou encore déterminé par convention collective.

Cette mesure hebdomadaire ou étalée sur deux semaines, visant à faciliter un temps de repos au-delà d'un certain nombre d'heures, est conçue pour une collectivité de travail regroupée dans le même établissement. Elle devient inapplicable au salarié qui cumule des emplois chez plusieurs employeurs, voire dans plusieurs établissements du même employeur, et son objectif, eu égard de la protection de la santé et de la sécurité du travailleur, ne peut être atteint.

4.2.2. Les silences ou omissions

4.2.2.1. Le cumul d'emplois

Les normes ont été conçues pour des travailleurs dont la situation est caractérisée par l'unicité de lieu. Or, beaucoup de travailleurs atypiques, que ce soit par choix ou parce qu'ils y sont contraints, cumulent plusieurs emplois, particulièrement, les travailleurs à temps partiel, occasionnels et sur appel. Ils font donc face à des problèmes de gestion d'horaire, non seulement dans l'aménagement de leur vie privée mais aussi dans leur vie professionnelle. Ils sont parfois confrontés à des conflits d'horaires entre plusieurs emplois, dans des entreprises ou des établissements distincts, qui peuvent les rendre momentanément non disponibles pour une plage horaire donnée, au risque de perdre un emploi. Bien plus, une période d'astreinte chez un employeur donné, habituellement non

⁴⁷ Il ne s'agit pas, dans la présente étude de porter un jugement sur le caractère adéquat ou sur le caractère suffisant ou non de son contenu de cette norme ou de toute autre en tant que telle, mais uniquement de son effet sur l'admissibilité des travailleurs atypiques.

rémunérée, peut lui faire refuser de répondre à un appel d'un autre employeur pour la même période, au risque de se voir remercié par l'un ou l'autre des deux employeurs.

Or, la loi actuelle ne comporte aucune mesure visant à protéger le travailleur en cas de conflit d'horaires en raison d'un cumul d'emplois à temps partiel, occasionnels ou sur appel.

4.2.2.2. L'accès à des emplois de qualité

Nous entendons ici par emploi de qualité, un emploi permanent, à durée indéterminée, selon un horaire régulier ou, à tout le moins, prévisible : en somme, le contraire d'un emploi atypique. Or, rien dans la loi ne vient reconnaître au salarié atypique un accès préférentiel, sous une forme ou sous autre, à ces emplois de qualité nouvellement créés ou devenus vacants. L'employeur n'est aucunement tenu de le proposer au personnel déjà en place.

4.2.2.3. La location de personnel

Il a été fait état plus haut des problèmes posés par les relations de travail triangulaires, notamment en ce qui a trait à l'identification de l'employeur véritable, à la qualification de la relation de travail et au partage des responsabilités dans l'exercice de la fonction de direction.

Quelques difficultés propres aux salariés d'agence⁴⁸ viennent s'ajouter aux autres problèmes relatifs à la disparité de traitement communs à l'ensemble des travailleurs atypiques, soit l'atteinte à la liberté de travail et à la liberté de circulation, soit en matière de santé et sécurité du travail.

Certains contrats intervenant dans ces relations tripartites contiennent des clauses qui portent atteinte à la liberté de travail et de circulation : soit des clauses réservant à l'agence, pour tout un territoire donné, l'exclusivité des services du salarié, des clauses restreignant directement les possibilités d'accès du salarié à un poste permanent de qualité à l'intérieur de l'entreprise cliente, parfois pour une période excédant largement la durée du contrat, à moins que le salarié et l'entreprise cliente ne versent une indemnité substantielle à l'agence. Ces indemnités qui sont exigées au titre de frais de recrutement et de formation sont

⁴⁸ Sur ces questions voir notamment : BERNIER, Jean, Guylaine Vallée et Carol Jobin, *LES BESOINS DE PROTECTION SOCIALE DES PERSONNES EN SITUATION DE TRAVAIL NON TRADITIONNELLE*, Québec, Ministère du travail, 2003, 807 pages, aux pages 487 à 500. Voir aussi : Jean-Robert Tapin, *Agences de placement temporaire*, Ministère de la main-d'œuvre, de la Sécurité du Revenu et de la Formation professionnelle, 20 octobre 1993, 83 pages. Ministère du travail du Québec, *Les agences temporaires de placement*, 26 septembre 1994, 6 pages, Commission des normes du travail, *L'article 41.1 de la Loi sur les normes du travail et les agences de placement temporaire*, juin 1995, 3 pages. Commission des normes du travail, Document de travail présenté à des fins de discussion au Conseil d'administration de la Commission de normes du travail – Les agences de placement temporaire et la Loi sur les normes du travail, janvier 1996, 34 pages, Conseil du statut de la femme, *Travailler autrement : pour le meilleur ou pour le pire? – les femmes et le travail atypique*, Québec, 2000, 213 pages, Michel Grant et Ghyslaine Marcotte, *Le travail temporaire et les bureaux de louage de main-d'œuvre*, Protocole UQAM, Relais-Femmes, Au bas de l'échelle, Université du Québec à Montréal, novembre 1986

souvent nettement abusives, notamment lorsque les frais de recrutement sont minimes et qu'il n'y a pas eu de formation.

Il arrive aussi que l'agence exige une disponibilité et une amplitude telles qu'elles réduisent pratiquement à néant les possibilités pour le salarié d'exercer un autre emploi rémunéré même dans les périodes où l'agence n'a pas besoin de ses services.

En matière de santé et sécurité du travail, se pose la pertinence de continuer d'autoriser les entreprises à faire exécuter par des salariés d'agence des travaux dangereux, alors que des études en France, aux États-Unis et en Australie démontrent clairement que ces travailleurs ont un taux d'accidents plus élevé, souvent peu après le début des travaux. Une autre question touche la responsabilité de la réadaptation du salarié d'agence suite à la consolidation d'une lésion.⁴⁹

4.2.2.4. La formation du personnel, le travail à domicile, le télétravail

Il est généralement reconnu que les travailleurs atypiques ont rarement ou difficilement accès aux programmes de formation dans les entreprises, si ce n'est à la période d'entraînement minimale pour être en mesure d'accomplir la tâche. Or, cette question n'est pas abordée par la Partie III. Le *Code* est également silencieux face aux questions propres au travail à domicile et au télétravail.

Or, il s'agit de situations de travail qui soulèvent beaucoup de questions en regard de l'égalité de traitement, la qualification du statut d'emploi, la santé et la sécurité au travail. À ces questions communes, viennent s'ajouter, dans le cas du télétravail, des problèmes spécifiques en terme d'isolement, d'acceptation volontaire ou non de ce type d'affectation, du caractère obligatoire ou volontaire du changement de statut.

⁴⁹ Sur cet aspect particulier, voir Katherine Lippel, *Le travail atypique et la législation en matière de santé et sécurité du travail*, Rapport préliminaire, septembre 2002, à la page 13.

5. À LA RECHERCHE D'UNE STRATÉGIE FAVORISANT L'INCLUSION

Des éléments qui précèdent se dégagent les considérations suivantes. Malgré sa portée qui se veut universelle en ce qu'elle est applicable à tous les « salariés » compris dans son champ d'application, la Partie III

- repose sur une notion de « salarié » qui est le reflet d'une vision étroite et traditionnelle de la situation de dépendance dans la relation d'emploi ;
- elle ne permet pas de rejoindre tous les travailleurs qui se trouvent dans une situation de dépendance économique ;
- elle ne propose aucun moyen de clarifier le plus commodément possible le statut des travailleurs qui se situent dans une zone grise, quelque part entre le salarié traditionnel et le véritable entrepreneur indépendant ;
- elle ne propose aucun moyen de résoudre la question des relations de travail ambiguës ou déguisées ;
- elle est silencieuse sur les relations de travail triangulaires ;
- elle a des exigences préalables telles que de nombreux travailleurs atypiques ne peuvent se prévaloir de certaines normes ;
- l'absence de normes en certaines matières rend très vulnérables certains travailleurs atypiques.

Dans la recherche de moyens pour répondre à ces différentes questions, il y a lieu de distinguer entre deux grands ordres de problèmes et de rechercher diverses stratégies propres à chacun.

Il y a d'abord la question de la qualification de la relation d'emploi dans un monde du travail en évolution, à savoir quels sont les travailleurs qui pourraient se trouver couverts par la Partie III et qui ne le sont pas déjà, c'est-à-dire ceux dont le lien avec l'entreprise est tel qu'ils devraient bénéficier des protections que procure la loi.

On peut déjà présumer que, malgré les précisions apportées, il se trouvera des travailleurs pour lesquels, en raison de la discontinuité de la relation d'emploi dans le temps dans le lieu, il demeure impossible de bénéficier de certains des avantages procurés par la loi aux salariés présents en permanence et de façon continue dans l'entreprise. On devra alors s'interroger sur l'existence ou la création de modèles qui permettraient à ces personnes d'avoir accès à ces avantages et protection par des mécanismes appropriés en dehors du lien d'emploi avec un employeur en particulier.

La deuxième série de problèmes touche la pertinence d'un encadrement légal particulier pour les travailleurs atypiques. À cet égard, il existe deux grandes catégories de stratégies, la première que je qualifierais de plus libérale, la seconde de plus directive.

La première vise à s'assurer que les salariés atypiques bénéficient d'une protection égale ou comparable à celles dont jouissent les salariés permanents dans la même entreprise ou ne se trouvent pas dans une situation défavorable à cause de leur statut particulier, c'est-à-dire du fait qu'ils travaillent moins d'heures, qu'ils cumulent plusieurs emplois, qu'ils travaillent de façon occasionnelle ou qu'ils sont sur appel. Cette approche vise à assurer, dans la mesure du possible, une certaine égalité de traitement sans égard au statut d'emploi mais elle ne réduit en rien la liberté des employeurs d'avoir recours à tel ou tel type de main-d'œuvre sans égard au statut.

La deuxième approche que je qualifie de plus directive n'interdit aucune des formes non-traditionnelles de relations de travail et mais elle limite la liberté des entreprises d'avoir recours au travail atypique soit par des mesures d'encadrement, soit par des mesures dissuasives qui en augmentent le coût de diverses manières.

À cela vient s'ajouter le cas particulier des agences de location de personnel qui pose des problèmes qui leur sont propres.

Les relations de travail et les conditions de travail des personnes ayant un statut d'emploi non traditionnel n'étant pas ou étant très peu réglementées dans la plupart des pays,⁵⁰ il convient de se tourner vers les organisations internationales et les États qui ont poursuivi une réflexion et entrepris des initiatives en ce sens.

5.1. L'ÉLARGISSEMENT ET LA QUALIFICATION DE LA RELATION D'EMPLOI

L'évolution dans les formes d'emploi a conduit à la fois à une autonomie de plus en plus grande dans les modes d'exécution du travail et à un accroissement du travail indépendant, dans une perspective soit « de dévalorisation conduisant à expulser du droit du travail des travailleurs souvent peu qualifiés et en situation de précarité », « soit de valorisation là où le recours au travail indépendant libère les capacités d'innovation et d'adaptation des travailleurs autonomes et souvent hautement qualifié. »⁵¹

Malgré la diversité des formes et des contrats auxquels peuvent donner lieu ces relations, il importe de souligner deux principes rappelés notamment par Supiot et repris dans plusieurs autres études.

D'abord, la qualification juridique de la relation d'emploi ne saurait relever de la volonté des parties au contrat. Seule l'autorité publique compétente est investie du pouvoir de qualifier juridiquement la relation qui existe entre un employeur ou un donneur d'ouvrage, d'une part, et un ou des travailleurs, d'autre part. En d'autres termes, de déterminer si la

⁵⁰ Voir HOUSEMAN, Susan and Machiko Osawa (ed.), *Nonstandard work in Developed Economies – Causes and Consequences*, Kalamazoo, Mich. : W.E. Upjohn Institute for Employment Research, 2003, 511 pages, LIND, Jens and Iver Hornemann Møller (ed.), *Inclusion and Exclusion : Unemployment and Non-Standard Employment in Europe*, Aldershot, Hants, England : Ashgate, 1999, 230 pages, VOSKO, Leah F., *Temporary Work – The Gendered Rise of a Precarious Employment Relationship*, University of Toronto Press, 2000, 380 pages.

⁵¹ SUPIOT, Alain (dir.). *Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Rapport final, Commission européenne, 1999, 100 pages, à la page 3.

qualification que les parties donnent de leur relation correspond bien à celle qui comporte les conséquences juridiques anticipées.⁵²

« Il faut commencer par souligner fortement qu’aucun pays européen n’admet que les parties à une relation de travail soient maîtresses de la qualification juridique de cette relation, ce qui rendrait facultative l’application du droit du travail. Le principe demeure partout affirmé que l’indépendance ne dépend pas d’une qualification conventionnelle, mais d’une situation de fait. Ce principe doit être fermement maintenu, si l’on entend sanctionner les fraudes à la fausse indépendance et les pratiques de concurrence déloyale qui en résultent. »⁵³

Ensuite, pour des raisons de cohésion sociale, il importe de réduire les écarts entre les travailleurs dont le statut correspond à la définition classique de salarié et ceux dont la situation de travail s’écarte de cette définition.

« Il convient d’éviter l’existence d’un clivage entre les salariés bien protégés par un contrat de travail et les personnes qui travaillent sous des contrats d’un autre type leur conférant une protection inférieure. L’une des fonctions historiques fondamentales du droit du travail a été d’assurer les conditions de la cohésion sociale. »⁵⁴

« Cette fonction ne pourra être remplie que dans la mesure où le droit du travail épouse l’évolution des formes d’organisation du travail dans la société contemporaine et ne se replie pas sur celles qui lui ont donné naissance, et qui sont aujourd’hui en déclin. »⁵⁵

Nous reprenons ici l’option que « l’accessibilité aux régimes de protection sociale doit être la plus générale possible, c’est-à-dire que les régimes doivent rejoindre toutes les personnes qui éprouvent des besoins légitimes compatibles avec leurs objectifs. Il nous semble qu’il en va non seulement de l’intérêt des personnes qui vivent diverses situations de travail mais aussi de la société en général qui doit s’épargner les coûts de l’exclusion sociale et s’assurer d’une certaine cohésion et d’une certaine équité. »⁵⁶

Pour ce qui est de faciliter l’accès à la protection offerte par le droit du travail, on observe quatre grandes voies susceptibles d’en élargir le champ d’application : le courant jurisprudentiel, la notion de para subordination, l’assimilation au statut de salarié et l’élargissement de la notion de salarié.

⁵² Voir aussi : BERNIER, Jean, Guylaine Vallée et Carol Jobin, loc. cit., aux pages 406 et suivantes.

⁵³ Supiot, loc. cit. page 3.

⁵⁴ Ibidem page 11.

⁵⁵ Supiot, « *Transformations du travail et devenir du droit du travail : une prospective européenne* », Revue Internationale du Travail, vol. 138 (1999), No 1, pages 32 à 48, à la page à 37

⁵⁶ BERNIER, Jean, Guylaine Vallée et Carol Jobin, LES BESOINS DE PROTECTION SOCIALE DES PERSONNES EN SITUATION DE TRAVAIL NON TRADITIONNELLE, Québec, Ministère du travail, 2003, 807 pages, aux pages 409 et 410.

5.1.1. Le courant jurisprudentiel

Supiot fait observer qu'afin d'éviter que l'autonomie dont jouissent certains salariés dans l'exercice de leurs fonctions ne conduisent à leur exclusion du champ d'application du droit du travail, la jurisprudence « a conduit à une évolution de la notion juridique de subordination. Celle-ci ne résulte plus seulement de la soumission à des ordres dans l'exécution proprement dite du travail, mais aussi de l'intégration du travailleur dans l'organisation collective du travail conçue par et pour lui. »⁵⁷

Le document préparatoire à la Conférence internationale du travail de juin 2006 en fournit de nombreux exemples aussi bien en Irlande, en Afrique du Sud, aux Pays-Bas, en France, au Venezuela et aux États-Unis.⁵⁸ On pourrait facilement ajouter à cette liste, notamment à partir de la jurisprudence française ou québécoise.⁵⁹

Toutefois, Supiot s'empresse d'ajouter : « Cet élargissement du critère de la subordination a rendu son maniement plus incertain et surtout plus complexe. »⁶⁰

Et le B.I.T. de poursuivre : « la lenteur des décisions de justice pose un problème et, même après un long délai, il arrive souvent que les avantages prévus soient au bénéfice de quelques demandeurs. »⁶¹

Sans négliger pour autant l'approche jurisprudentielle qui sera toujours nécessaire, sans doute serait-il approprié de se demander dans quelle mesure il serait utile d'introduire dans la loi certains critères susceptibles de guider les parties et de faciliter la tâche des tribunaux.

5.1.2. La dépendance économique

Un certain nombre de pays reconnaissent à des degrés divers le travail économiquement dépendant, soit par la création d'un statut particulier, celui du travailleur para subordonné, soit par l'assimilation au statut de salarié soit par l'élargissement de la notion de salarié. À cela viennent s'ajouter dans certains États la présomption du statut de salarié et, parfois, un contrôle du changement de statut.

Dans certains pays d'Europe, et en particulier en Italie et en Allemagne, est apparue une catégorie intermédiaire entre le salarié et le travailleur indépendant.

5.1.2.1. La parasubordination

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

⁵⁷ Supiot, Rapport final, loc. cit. page 6

⁵⁸ Rapport V, *Le champ de la relation de travail*, Bureau international du travail, Genève, 2003, 99 pages, aux pages 40 à 43.

⁵⁹

⁶⁰ Ibidem, à la page 6.

⁶¹ Rapport V, loc. cit., page 43.

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

« rapports de collaboration qui se concrétisent dans une prestation de travail continue et coordonnée, de nature personnelle, même si elle n'a pas de caractère subordonné. Il s'agit donc d'une catégorie « ouverte » où l'on retrouve en pratique des professions aussi diverses que celles des avocats travaillant pour une société ou des médecins du service national de santé. »⁶²

Pour ce travailleur indépendant se trouvant dans une situation de dépendance socio-économique, la législation italienne prévoit un certain nombre de protections spécifiques, davantage en matière de sécurité sociale (retraite, accidents du travail et maladies professionnelles, assurance maternité, assurance maladie) qu'en matière de rapport de travail (rupture abusive du contrat, indemnité de fin d'emploi)⁶³ mais ne permet pas l'accès à l'assurance chômage.

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

« Il s'agit de travailleurs juridiquement indépendants mais économiquement dépendants, qui ont besoin d'une protection semblable à celle des salariés. Deux conditions particulières doivent être remplies pour qu'un travailleur puisse être qualifié de la sorte : en premier lieu il doit travailler seul, et sans l'assistance d'un personnel salarié, en second lieu la majeure partie de son travail, ou bien de ses revenus doit provenir d'une seule personne ou institution. (...) Ces quasi-salariés demeurent des travailleurs indépendants, et ils sont par exemple exclus du champ d'application du droit du licenciement, mais bénéficient de certaines des dispositions du droit du travail, relatives aux litiges du travail, aux congés et aux conditions de travail. »⁶⁴

Ils sont également protégés contre le harcèlement sexuel en milieu de travail.⁶⁵

« Bien que la notion de travailleur parasubordonné ne soit pas employée, la législation anglaise plus récente a introduit une catégorie « *worker* », à mi-chemin entre celle de travailleur salarié (*employee*) et celle de travailleur indépendant (*self-employed*). »⁶⁶

Sont ainsi considérés comme « *workers* », ceux qui signent un contrat :

« whereby the individual undertakes to do or perform personally any work or services for another party to the contract whose status is not by virtue of the

⁶² SUPIOT, Alain. « Travail salarié et travail indépendant », *Rapports du 6ème Congrès européen de droit du travail et de la sécurité sociale*, Société internationale de droit du travail et de la sécurité sociale, Section Polonaise, Varsovie, 1999, pp. 141-176, à la page 170

⁶³ Voir Perulli, Adalberto, *Travail économiquement dépendant / parasubordination : les aspects juridiques, sociales (sic) et économiques*, Commission européenne, 2003, 110 pages, à la page 64.

⁶⁴ Supiot, loc. cit., page 170

⁶⁵ Perulli, loc. cit., page 66

⁶⁶ Perulli, loc. cit., page 69

contract that of a client or customer of any profession or business undertaking carried on by the individual. »⁶⁷

La loi étend aux « workers » le champ d'application de certaines matières jusque-là réservées aux salariés : interdiction de la discrimination, revenu minimum national, horaire de travail, travail à temps partiel.⁶⁸

Ce statut intermédiaire entre salarié et entrepreneur indépendant est loin de faire l'unanimité, certains estimant qu'il offre une protection incomplète et qu'il sert parfois à masquer le statut de véritables salariés qui s'ignorent.⁶⁹

5.1.2.2. Le salarié par assimilation

Une autre tendance consiste à considérer comme salarié, le travailleur en situation de dépendance économique qui répond à certains critères ou à certaines conditions.

Afin de lever toute ambiguïté, certains législateurs ont procédé par voie d'énumération pour certaines catégories de travailleurs, ce qui limite la portée de l'extension du statut. C'est le cas, par exemple, en France : les commis-voyageurs, les journalistes, les travailleurs du spectacle, les mannequins et quelques autres. En Italie : le travail à domicile même si certains indices de subordination sont absents, le travail sportif (dans certaines conditions qui le rapproche du sport professionnel) ; en Espagne : le travail sportif et les travailleurs du spectacle.⁷⁰

D'autres ont tenté de clarifier le champ de la relation de travail afin d'en étendre la protection à de nouvelles catégories de travailleurs et aussi de démasquer plus facilement les relations de travail déguisées.⁷¹

Si certains États s'en tiennent à l'énoncé de « facteurs » exprimés en termes généraux tels que la dépendance (non autrement qualifiée), la subordination, la direction et le contrôle, l'autorité, la surveillance, d'autres réfèrent de façon distincte à la subordination juridique et à la dépendance économique comme facteurs qualifiant l'un et l'autre la relation de travail.

5.1.2.3. L'élargissement de la notion de salarié

D'autres encore ont recours à une définition très large de la notion de « salarié » ou tentent de tracer au mieux la frontière entre le travail indépendant et le travail dépendant.

⁶⁷ Employment Rights Act 1996, s. 230 (3); National Minimum Wage Act 1998, s. 54 (3), The Working Time Regulation 1998, SI 1998/1833, reg. 2 (1); The Part-time Workers (Prevention of less Favourable Treatment Regulations SI 2000/1551, art.2, cité dans Perulli aux pages 69 et 70.

⁶⁸ Ibidem, pages 70 et 71.

⁶⁹ Voir BERNIER, Jean, Guylaine Vallée et Carol Jobin, LES BESOINS DE PROTECTION SOCIALE DES PERSONNES EN SITUATION DE TRAVAIL NON TRADITIONNELLE, Québec, Ministère du travail, 2003, 807 pages, aux pages 330 et suivantes.

⁷⁰ Voir Perulli, loc. cit., pages 72 à 75 et Rapport V(1), LA RELATION DE TRAVAIL, 87 pages, aux pages 27 et suivantes.

⁷¹ Voir Rapport V(1), LA RELATION DE TRAVAIL, 87 pages, aux pages 19 et suivantes.

Dans son Rapport préparatoire à la Conférence de juin 2006, l'O.I.T. donne quelques exemples de définitions larges du terme « salarié ».

Ainsi en Nouvelle-Zélande :

« 1) Dans la présente loi, sauf si le contexte justifie une autre interprétation, le terme «salarié»:

a) désigne toute personne, de quelque âge que ce soit, employée par un employeur pour effectuer un travail contre rémunération en vertu d'un contrat de travail;

b) y compris:

i) tout travailleur à domicile; ou

ii) toute personne ayant l'intention de travailler; mais

c) ne s'applique pas à une personne bénévole qui:

i) n'escompte pas une rémunération pour le travail à effectuer en tant que bénévole; et

ii) ne reçoit pas de rémunération pour le travail effectué en tant que bénévole.

2) Afin de déterminer, aux fins du paragraphe 1 a), si une personne est employée par une autre personne au titre d'un contrat de travail, le tribunal ou l'office, selon le cas, doit établir la nature réelle de la relation existant entre ces deux personnes. »

Ou encore en Finlande :

« La loi sur les contrats de travail s'applique aux contrats de travail conclus par un ou des salariés, en vertu desquels ils acceptent d'effectuer personnellement un travail pour le compte d'un employeur, sous la direction et le contrôle de celui-ci, contre rétribution ou contre toute autre forme de rémunération. La loi réaffirme l'interdiction de la discrimination, l'exigence de l'égalité de traitement et le caractère général de la relation de travail; elle prévoit que ses dispositions ne cessent pas de s'appliquer du fait que le salarié utilise ses propres outils de travail. »⁷²

La législation de certains pays va plus loin encore en précisant des critères servant à établir la frontière entre la dépendance économique et le statut d'entrepreneur indépendant. La droit allemand est, à cet égard, particulièrement intéressant.

Depuis janvier 1999, aux fins de la sécurité sociale, est présumé salarié quiconque répond au moins à deux des indicateurs suivants:

⁷² Ibidem, page 32.

- ne pas employer de salariés dans le cadre de son travail, à l'exception des membres de sa famille,
- ne travailler régulièrement que pour une seule personne,
- fournir un travail semblable à celui d'un salarié,
- ne pas apparaître sur le marché du travail en tant qu'entrepreneur (i.e. ne manifester aucun signe indiquant qu'il exerce des activités de chef d'entreprise).⁷³

« L'idée sous-jacente était de parvenir à une définition suffisamment précise et pratique de façon à réduire les risques de dissimulation de la relation de travail et à faciliter la prise en compte de situations intermédiaires entre une relation de travail authentique et une relation de travail déguisée. »⁷⁴

Bien que conçue dans le cadre de la sécurité sociale, il demeure pertinent de se demander dans quelle mesure une telle définition ou une définition analogue est transposable en droit du travail.

Enfin, en Irlande, un groupe de travail sur le statut des travailleurs a élaboré une série d'indicateurs, reproduit dans un encadré apparaissant en annexe B à la présente étude, visant à faciliter le tracé de la frontière entre salarié et indépendant. Non intégrés dans la loi, ils font l'objet d'un code de bonne pratique approuvé par voie de consensus entre les représentants des partenaires sociaux.⁷⁵

Au Québec, le rapport Bernier avait recommandé que la notion de « salarié » soit élargie de façon à prendre en compte la dépendance économique, à démasquer les relations de travail déguisées et à faciliter l'accès à la protection sociale aux faux indépendants. La recommandation se lit comme suit :

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

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

Le rapport recommandait également une harmonisation des définitions de « salarié » et que cette définition de « salarié » soit la même dans toutes les lois du travail.

⁷³ Supiot, loc. cit., page 8 et B.I.T. Rapport V, loc. cit., page 36

⁷⁴ B.I.T., ibidem

⁷⁵ Voir Rapport V(1), LA RELATION DE TRAVAIL, 87 pages, aux pages 34 à 36 ; l'encadré de l'annexe B est reproduit de la page 35 du Rapport V(1).

5.1.2.4. La présomption du statut de salarié

La charge de la preuve de démontrer que son statut est bien celui de salarié peut s'avérer un fardeau très lourd pour le travailleur, d'autant plus lourd s'il agit dans le cadre d'une relation individuelle de travail sans l'appui d'une organisation syndicale pour l'informer d'abord et le soutenir dans ses démarches judiciaires. Aussi bien dire que le travailleur dont le statut est ambigu, ce qui le prive tout de même des nombreux avantages que lui procurerait la Partie III et lui impose des charges sociales que son donneur d'ouvrage refuse d'assumer.

Aux fins d'alléger cette charge et compte tenu du fait qu'il s'agit du domaine social, certains États acceptent que soit renversé le fardeau de la preuve de telle sorte que toute personne qui fournit une prestation personnelle de travail contre rémunération bénéficie d'une présomption simple de statut de « salarié ». À charge pour l'employeur ou le donneur d'ouvrage de démontrer le contraire.

C'est notamment le cas au Panama, au Chili, au Costa Rica, en l'Espagne, au Mexique au Venezuela, aux Pays-Bas, au Portugal, en Afrique du Sud et dans un certain nombre d'autres.

« Dans ce même but d'allégement de la charge de la preuve, certaines lois prévoient la présomption de l'existence d'une relation ou d'un contrat de travail.

La loi peut prévoir par exemple, avec certaines variantes, qu'une relation ou un contrat de travail est présumé exister entre une personne qui fournit un service personnel et la personne qui le reçoit ; ou s'il est prouvé que le travailleur a fourni des services pendant plus de deux journées consécutives ou qu'il existe une preuve de la relation de subordination. Aux Pays-Bas, la loi dispose que toute personne qui, chaque semaine ou pendant vingt heures par mois au moins, travaille contre rémunération au profit d'une autre personne pendant trois mois consécutifs est présumée effectuer ce travail au titre d'un contrat de travail. Au Portugal, une relation de travail est présumée exister si tous les critères suivants sont réunis: a) le travailleur fait partie de la structure organisationnelle du bénéficiaire de son activité et fournit un service selon les instructions de celui-ci; b) le travail est effectué dans l'entreprise du bénéficiaire ou dans un lieu qui en dépend, selon un horaire préétabli; c) le travailleur est rémunéré pour le temps qu'il consacre à l'activité ou est économiquement dépendant du bénéficiaire de l'activité; d) les outils de travail sont fournis pour l'essentiel par le bénéficiaire; e) les services sont fournis pendant une période ininterrompue de quatre-vingt-dix jours. »⁷⁶

Au Québec, le rapport Bernier avait recommandé :

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

⁷⁶ Voir Rapport V(1), LA RELATION DE TRAVAIL, 87 pages, à la page 30.

5.1.3. Le contrôle du changement de statut

Les employeurs jouissent d'une grande liberté dans la détermination du type de relation dans laquelle ils s'engagent avec un travailleur donné : contrat de travail ou contrat d'entreprise. On a évoqué précédemment toutes les difficultés que pose la qualification de la relation de travail et les diverses techniques possibles pour faciliter cette qualification.

Mais cela laisse sans réponse satisfaisante la question de la transformation du statut d'emploi à l'initiative de l'employeur.

Lorsqu'un employeur transforme le statut d'un salarié en celui de travailleur indépendant, ne devrait-il pas y avoir un contrôle préalable ou à tout le moins immédiat sur la qualité et la justification du nouveau statut ?⁷⁷ En effet, le salarié devenu entrepreneur indépendant se trouve en face d'une situation de type « à prendre ou à laisser » qui aura pour effet de l'exclure du champ d'application du droit du travail aussi bien au plan individuel qu'à celui de la représentation collective.⁷⁸

À cet égard, le *Code du travail* du Québec contient une disposition,⁷⁹ introduite en 2001, qui permet à la *Commission des relations du travail* d'exercer un contrôle sur « les changements ayant pour effet de modifier le statut d'un salarié (...) en celui d'entrepreneur non salarié », dans un contexte d'accréditation ou de requête en accréditation. La *Loi sur les normes du travail* contient une disposition analogue datant de 2002⁸⁰ qui n'a cependant pas pour effet de suspendre la décision de l'employeur, laquelle peut néanmoins être soumise au contrôle de la *Commission des relations du travail*.

5.2. L'ÉLIMINATION DE LA DISCRIMINATION FONDÉE SUR LE STATUT D'EMPLOI

L'élargissement de la notion de « salarié » afin d'inclure dans le champ d'application de la Partie III les travailleurs en situation de dépendance économique ne saurait suffire à lui seul à garantir une protection sociale adéquate à l'ensemble des personnes vivant une situation de travail atypique. Comme on a pu le constater, des déficits de protection sociale importants existent à l'intérieur même du groupe des travailleurs salariés selon qu'ils sont à temps complet ou à temps partiel, occasionnels ou temporaires.

« Il ne suffit donc pas que les travailleurs en situation de travail non traditionnelle aient accès aux régimes de protection sociale mis en place pour l'ensemble des salariés pour qu'ils bénéficient pleinement de la protection que ces régimes comportent. Il faut que ces régimes soient adaptés à la diversité des situations de travail à l'intérieur du salariat pour

⁷⁷ Guylaine Vallée posait déjà la question dans « *Pluralité des statuts de travail et protection des droits de la personne: quel rôle pour le droit du travail ?* », (1999) 54 *Relations industrielles* 277, à la page 287 illustrant, jurisprudence à l'appui, combien le salarié touché demeurerait démuné face à telle situation.

⁷⁸ Pour un examen détaillé de cette question dans le cas des camionneurs, voir notamment BERNIER, Jean, Me Georges MARCEAU et Me Michel TOWNER (dissident). *Rapport du Comité d'experts sur le statut des camionneurs-propriétaires*, rapport remis à la ministre du Travail et au ministre des Transports, Québec, 9 avril 1999, 111 pages avec annexes.

⁷⁹ C.T. art. 20.0.1

⁸⁰ L.N.T. art. 86.1

atteindre pleinement leurs objectifs de protection. »⁸¹ Nous prenons le parti d'en chercher l'élimination.

Les législations nord américaines, sauf rares exceptions, ayant porté peu d'attention à la situation particulière des travailleurs atypiques, il ne faudra pas s'étonner qu'on doive se tourner vers le droit international et celui de pays étrangers, pour découvrir les modèles les plus achevés jusqu'à maintenant, aussi bien au plan de la réflexion, de la législation et de la mise en œuvre de diverses stratégies visant à répondre au besoin de ces travailleurs. On notera que toutes ces instances législatives ont procédé en conservant un souci constant, qui est maintes fois réitéré dans les textes, de maintenir un juste équilibre entre un besoin de sécurité du côté des travailleurs et un besoin légitime de flexibilité du côté des entreprises.

Cette section examinera diverses solutions en vue de lever les obstacles à un niveau de protection égal ou équivalent pour les salariés atypiques.

5.2.1. Le principe de l'égalité de traitement

Dans une étude antérieure, nous constatons à cet égard :

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

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

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

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

(...), il peut être intéressant de souligner (...) que tous ces instruments internationaux comme nationaux ont ceci en commun qu'ils poursuivent, à des degrés divers, le double objectif d'assurer une égalité de traitement entre des travailleurs qui exercent un travail similaire dans une même entreprise, sans égard à leur statut d'emploi, et celui d'assurer,

⁸¹ BERNIER, Jean, Guylaine Vallée et Carol Jobin, loc. cit., aux pages 411 à 413.

même de faciliter, l'accès de ces travailleurs, souvent à statut précaire, à des emplois permanents de qualité dans les entreprises qui les emploient.

Enfin, force est de constater qu'une revue des principales dispositions législatives en vigueur en Amérique du Nord, aussi bien au Canada qu'aux États-Unis, conduit à la conclusion que les mesures de protection sociale des personnes en situation de travail non traditionnelle sont beaucoup moins développées qu'outre-Atlantique et qu'elles demeurent, le plus souvent, bien en retrait des normes proposées par l'O.I.T. »⁸²

Même si toutes ces Conventions de l'O.I.T. n'ont pas été ratifiées par le Canada et même si les Directives adoptées par Parlement européen ou les autres accords intervenus entre les partenaires sociaux au niveau européen ne lient en aucune façon les législateurs canadiens, ces instruments, dont le contenu demeure difficilement transposable comme tel dans le droit en vigueur au Canada, n'en constituent pas moins des sources d'inspiration de premier plan.⁸³

On trouvera dans les annexes C et D à la présente étude une série de tableaux présentant les dispositions les plus pertinentes pour les fins qui nous intéressent ici.

Ces dispositions, adaptées à chaque type de travail atypique visé, n'ont finalement pour objet que d'assurer qu'un travailleur dans une telle situation ne souffre pas de discrimination par rapport au salarié traditionnel du seul fait de son statut. Au risque de trop simplifier en voulant résumer, ces divers instruments affirment pour l'essentiel, une volonté que le travailleur atypique ne reçoive pas un salaire de base moindre du fait qu'il travaille moins d'heures, qu'il ait droit aux mêmes congés et à la même protection de l'emploi, que le changement de statut, le cas échéant, se fasse dans le respect de sa volonté, qu'on lui facilite l'accès à un emploi permanent s'il le souhaite. En matière de santé et sécurité du travail, que le travailleur intérimaire ou à contrat à durée déterminée ait droit à la même information et à la même protection que les salariés permanents et que leur soient interdits les travaux particulièrement dangereux ou qui nécessitent un suivi médical.

La quasi-totalité des États membres⁸⁴ de l'U.E. ont maintenant terminé de transposer dans leur législation nationale les principes et les règles énoncées dans les directives et même dans la proposition de directive sur le travail intérimaire.

⁸² Ibidem, aux pages 288 et 289.

⁸³ Pour une analyse plus détaillée de ces instruments de l'O.I.T. et de l'U.E. en regard des besoins des travailleurs atypiques, voir le chapitre 5 de BERNIER, Jean, Guylaine Vallée et Carol Jobin, LES BESOINS DE PROTECTION SOCIALE DES PERSONNES EN SITUATION DE TRAVAIL NON TRADITIONNELLE, Québec, Ministère du travail, 2003, 807 pages, aux pages 287 à 323.

⁸⁴ Note : les quinze États membres avant le 1^{er} mai 2004.

5.2.2. Les mesures de freinage

Mais les législateurs de certains pays, entre autres la Belgique, la France, l'Italie sont allés plus loin. Sans interdire ni limiter directement le droit des employeurs de recourir à diverses formes de contrats à durée déterminée (temporaire, occasionnel, remplaçant, intérimaire, etc.), ces pays ont adopté des mesures de freinage afin de réduire, dans la mesure du possible, l'accroissement du travail précaire. Il s'agit de mesures dissuasives qui sont de deux ordres, soit : l'encadrement du recours à ce type de contrat ainsi que l'accroissement direct du coût de ce type de contrat. Certains États appliquent simultanément une combinaison de plusieurs de ces moyens. À titre d'exemple, nous décrivons ici le modèle français.⁸⁵ Il s'agit de celui du contrat à durée déterminée conclu directement avec un individu. La situation de l'intérim par l'intermédiaire d'une agence de location de personnel fera l'objet d'un traitement distinct lors de l'examen des règles applicables à la relation de travail triangulaire.

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

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

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

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

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

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

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

⁸⁵ Cette section sur les mesures de freinage reprend en partie avec mise à jour et pour l'essentiel ce que nous avons écrit ailleurs. Voir : chapitre 5 de BERNIER, Jean, Guylaine Vallée et Carol Jobin, loc. cit., aux pages 338 à 344.

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

(...)

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

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

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

Les renouvellements de contrats à durée déterminée immédiatement successifs est donc interdit.

« C'est ainsi, par exemple, que la *Loi de modernisation sociale* adoptée en janvier 2002 en France introduit un nouveau délai de carence entre deux contrats à durée déterminée. En effet, pour pouvoir recruter par contrat à durée déterminée dans le même poste ou pour un travail identique, l'employeur doit respecter un délai de carence égal au tiers de la durée du contrat qui vient de prendre fin et ce, en comptant uniquement les jours ouvrables.

Ce délai du « tiers-temps » s'applique au renouvellement de tous les contrats de 14 jours et plus. Pour les contrats de 14 jours ou moins, le délai de carence est égal au « demi-temps », c'est-à-dire, par exemple, sept jours ouvrables dans le cas d'un contrat de 14 jours. »

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

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

Afin de compenser le salarié pour la situation de précarité relative dans laquelle le place le contrat à durée déterminée mais aussi comme mesure dissuasive à l'égard des employeurs, la loi française prévoit le versement d'une indemnité de fin de contrat, que certains appellent l'indemnité de précarité. Cette prime de fin de contrat, qui existait avant la *Loi de modernisation sociale*, a été haussée au niveau de 10 % du salaire brut gagné durant le contrat et elle doit être versée au salarié à la fin de chaque contrat.⁸⁶ Elle peut être réduite à 6% si le salarié a droit à de la formation en vertu d'une convention collective.

5.2.2.3. Les exclusions

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

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

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

5.2.3. Les agences de location de personnel

Les agences de location de personnel n'étant pas des entreprises fédérales, la compétence législative en matière de relations entre ces entreprises et leurs salariés relève de l'autorité des provinces. Toutefois s'agissant de relations triangulaires, il est raisonnable de croire que le législateur canadien peut intervenir au plan de la relation qui intervient entre les entreprises fédérales et les agences avec lesquelles elles font affaire. Ainsi, la Partie III pourrait imposer aux entreprises comprises dans son champ de compétences des conditions auxquelles doivent satisfaire les contrats qu'elle conclut avec les agences. C'est dans cette perspective qu'il convient de lire la présente section.

Cette intervention paraît s'imposer d'autant plus qu'il s'agit d'un secteur d'activité important qui n'est pas réglementé au Canada mais qui est susceptible de donner lieu à bien des abus qui ont été largement démontrés.

⁸⁶ PÉLISSIER, Jean, Alain SUPIOT et Antoine JEAMMAUD. *Droit du Travail*, Précis Dalloz, 21e édition, Paris, Éditions Dalloz, 2002, 1327 pages, à la page 382.

A cet égard, trois questions doivent être examinées : celle de l'identification de l'employeur véritable ; celle des conditions de travail applicables aux salariés d'agence et celle de l'opportunité d'avoir ou non des mesures restrictives.

5.2.3.1. L'identification de l'employeur véritable

C'est une question qui hante tous les spécialistes, qui se sont penchés sur cette question, en raison du partage des responsabilités de la fonction employeur que ce type de relation implique ainsi que cela a été évoqué précédemment. C'est une question importante à maints égards : au plan de la responsabilité financière eu égard au versement du salaire et des cotisations aux régimes de sécurité sociale, certaines agences peu solvables ayant parfois la vie courte, au plan de la santé et de la sécurité au travail, au plan de la formation, le cas échéant, etc.

La réponse apportée par les États varie beaucoup et n'est pas toujours très satisfaisante.⁸⁷ Diverses formules ont été appliquées. Ainsi, par exemple, en France c'est l'agence qui est réputée l'employeur et le salarié est considéré comme lié à l'agence en vertu d'un contrat à durée indéterminée. Il faut dire cependant que, dans le cas français, les agences sont confinées au rôle traditionnel de fourniture de personnel de remplacement et qu'elles ne peuvent jouer le rôle de marchand de main-d'œuvre ou d'agent payeur (« *payrolling* »). Mais, c'est l'entreprise utilisatrice qui devra en assumer la responsabilité en cas de défaut de l'agence de le faire.

En Amérique du Nord en général, bien que la situation ne soit pas toujours très claire, ce sera parfois l'entreprise utilisatrice, parfois l'agence. Toutefois, aux États-Unis, depuis le début des années 1970, pour les fins du *Fair Labor Standards Act*, les agences de placement temporaire et les entreprises clientes sont considérées par le *Department of Labor* comme des « employeurs conjoints » responsables des obligations relatives au salaire minimum et à la durée du travail.⁸⁸ On retrouve sensiblement la même approche au *N.L.R.B.* au plan des rapports collectifs du travail.⁸⁹

Au Canada, eu égard à la désignation de l'employeur, « malgré l'approche globale élaborée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Ville de Pointe-Claire c. Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau, section locale 57*, malgré d'autres décisions rendues en vertu de la *Loi sur les normes du travail* ou de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, il semble bien que cela n'ait pas suffi à dissiper toute ambiguïté chez les intéressés.

⁸⁷ Sur l'ensemble de cette question voir notamment : VOSKO, Leah F., « *Flexible Workers, Intractable Regulatoru regime : Regulating the Compemporary Temporary Employenet Relationship* » Chapter 6 in *Temporaray Work – The Gendered Rise of a Precarious Employment Relatiionship*, Universuty of Toronto Press, 2000, 380 pages. Voir aussi Chapitre 7 de BERNIER, Jean, Guylaine Vallée et Carol Jobin, loc. cit., aux pages 487 et suivantes et DAVIDOV, Guy, « *Joint Employer Status in Triangular Employment Relationships* », *Bristish Journal of Industrial Relations*, 42 :4 December 2004 0007-1080 pp. 727-746.

⁸⁸ BERNIER, Jean, Guylaine Vallée et Carol Jobin, loc. cit., page 274.

⁸⁹ Ibidem, page 279.

L'autre difficulté réside dans l'attribution ou le partage des responsabilités dans le versement de la rémunération et, de façon plus générale, dans le respect des obligations de « l'employeur ». En effet, dans le cas où l'agence ou l'entreprise se trouverait en défaut de paiement, il devient difficile, voire impossible, pour le salarié de récupérer son dû, les parties se renvoyant mutuellement la responsabilité. »⁹⁰

C'est pourquoi il apparaît utile de clarifier cette question. À cet égard, le rapport Bernier avait recommandé, selon un consensus exprimé par tous les intéressés, que l'agence soit reconnue comme l'employeur.

« Toutefois, l'agence de travail et l'entreprise utilisatrice devraient être solidairement responsables de tout montant dû au salarié. Une telle disposition aurait pour effet, notamment, de rendre les entreprises utilisatrices davantage prudentes dans le choix des agences auxquelles elles recourent. Peut-être suffirait-elle à exclure du marché les agences peu solvables qui opèrent sans aucune caution ni garantie, le secteur n'étant assujéti à aucune réglementation. De plus, cette co-responsabilité devrait s'étendre au domaine de la santé et la sécurité du travail de même qu'à celui des accidents du travail et des maladies professionnelles. »⁹¹

5.2.3.2. Les conditions de travail applicables aux salariés d'agence

Devrait aussi s'appliquer le principe de l'égalité de traitement. En ce sens, le salarié d'agence devrait bénéficier des conditions de travail en vigueur dans l'entreprise utilisatrice pour un emploi comparable dans la mesure où elles sont plus favorables que celles de l'agence, ce qui est habituellement le cas.

« Ainsi que cela a été démontré, les contrats intervenants entre les agences et leurs clients comportent souvent des clauses qui restreignent singulièrement la liberté du salarié d'accéder à un emploi permanent dans l'entreprise cliente quand ce n'est pas dans tout un groupe ou un secteur desservi par l'agence. Ces clauses prennent le plus souvent la forme d'une pénalité imposée à l'entreprise cliente, parfois même au salarié, et pour des périodes qui excèdent largement la durée du contrat.

Pour ce qui est de la pénalité imposée à l'entreprise cliente, on invoque qu'il s'agit d'une somme qui sert à dédommager l'agence pour des frais de recrutement et de sélection. Il nous apparaît que ce raisonnement est fallacieux, ces frais étant déjà inclus dans le prix chargé par l'agence au client pour mettre le salarié à sa disposition durant une période donnée. Autrement, il faudrait comprendre que l'agence n'est jamais remboursée pour ses frais de recrutement si le salarié n'est pas embauché par le client. Il faut donc comprendre que, malgré les termes utilisés, il s'agit d'une véritable taxe à l'embauche qui va à l'encontre de la liberté de contracter : celle de l'entreprise d'embaucher un salarié de son choix et, indirectement, celle du salarié de se voir proposer un emploi susceptible de lui convenir.

⁹⁰ BERNIER, Jean, Guylaine Vallée et Carol Jobin, loc. cit., aux pages 491 et 492..

⁹¹ BERNIER, Jean, Guylaine Vallée et Carol Jobin, loc. cit., pages 502 et 503.

(...)

Ces pratiques discriminatoires, à la fois pour les salariés et pour les entreprises clientes, devraient être interdites dans la mesure où elles s'appliquent à compter de la fin du contrat de mission du salarié. En effet, à la fin de ce contrat à durée déterminée, chacune des parties doit recouvrer son entière liberté face à un emploi éventuel chez l'entreprise cliente ou chez toute autre entreprise avec laquelle l'agence transige. En effet, il apparaît inacceptable qu'on puisse imposer une pénalité à l'entreprise cliente qui désire retenir les services d'un salarié au terme de son contrat de mission. »⁹²

Devraient aussi être interdites toutes clauses ayant pour effet de restreindre la liberté du salarié d'accéder à un emploi permanent dans l'entreprise cliente ou dans un groupe ou un secteur desservi par l'agence ou de restreindre la liberté de l'entreprise utilisatrice d'embaucher le salarié à l'expiration de son contrat de mission, qu'il s'agisse de pénalité imposée à l'entreprise cliente ou au salarié ou de toute autre forme de restriction.

Dans le cas où le salarié est embauché par l'entreprise cliente au terme de son contrat de mission, la durée du contrat de mission devrait être considérée pour les fins de la période d'essai et aussi reconnue pour les fins du calcul de la durée du service continu.

« On peut prévoir que l'ensemble de ces mesures aura de multiples effets directs et indirects. D'abord, elles clarifient le lien d'emploi en désignant l'agence comme étant l'employeur; elles assurent une égalité de traitement entre des salariés à qualification et expérience égales effectuant une tâche similaire ou équivalente dans la même entreprise; elles facilitent, le cas échéant, l'exercice des recours en établissant le principe de la co-responsabilité.

De manière indirecte, en accroissant le coût de la main-d'œuvre d'agence au-delà de celui de la main-d'œuvre permanente, par l'obligation d'en payer le juste prix, elles réduisent l'incitation des employeurs à remplacer le personnel permanent par une main-d'œuvre précaire et peuvent contribuer à exclure du marché les agences dont la marge de profit repose uniquement sur la différence dans le coût de main-d'œuvre entre elle et le client; par le truchement de la co-responsabilité, elles sont susceptibles de chasser également du marché les agences peu solvables; enfin elles mettent en lumière que la principale raison d'être des agences de travail temporaire qui est de procurer aux entreprises une flexibilité dont elles ont besoin sans que s'y ajoutent des économies qui sont, en réalité, supportées par une main-d'œuvre précaire par définition. »⁹³

⁹² Ibidem, page 505.

⁹³ Ibidem, page 503.

5.2.3.3. Des mesures restrictives

En contexte Nord Américain, par opposition à certains pays européens, le marchandage ou trafic de main-d'œuvre n'est pas interdit. En ce sens, il est possible de confier à sous-contrat à une agence de location de personnel l'exécution de certaines tâches qui seraient en d'autres circonstances accomplies par du personnel permanent de l'entreprise. Il en résulte pour l'entreprise des économies non négligeables, une flexibilité accrue notamment en matière de licenciement ou congédiement d'un personnel qui n'est pas le sien et pour les salariés une situation de précarité et d'insécurité. De plus, ce recours à des salariés d'agence permanents peut s'avérer un moyen efficace d'évitement syndical, c'est-à-dire un moyen d'éluder la loi, en raison des difficultés particulières que pose la syndicalisation des salariés en pareil contexte et la possibilité pour l'entreprise cliente de changer d'agence.

En ce domaine, les Commissions de relations de travail dans certaines provinces ont le pouvoir de déclarer que les deux entités constituent un employeur unique pour fin d'accréditation et de négociation collective. Il en va de même du N.L.R.B. aux États-Unis. C'est une solution au cas par cas et il reste à savoir dans quelle mesure elle constitue une solution appropriée à la situation des salariés d'agence en général.

Les pays européens ont opté pour des solutions plus tranchantes. En effet, on y limite les situations où une entreprise peut recourir à une main-d'œuvre temporaire de façon à éviter que les entreprises puissent recourir à ce type de main-d'œuvre comme substitut permanent et durable.

D'abord, en interdisant le trafic de main-d'œuvre. Supiot fait observer :

« Les règles réprimant le trafic de main-d'œuvre paraissent essentielles au bon fonctionnement du marché du travail. De même qu'on ne peut admettre qu'une entreprise fasse appel à une société écran pour échapper à ses obligations en matière de droit fiscal ou de droit de l'environnement, de même les règles de la concurrence se trouvent faussées si certaines entreprises peuvent éluder l'application du droit du travail, en interposant entre elles et les salariés qui travaillent pour elles un employeur écran qui n'a d'autre fonction que de permettre cette fraude. »⁹⁴

A cette interdiction, viennent s'ajouter certaines restrictions quant à l'utilisation des salariés d'agence de travail temporaire.

D'abord, on ne peut y avoir recours que pour remplacer des salariés temporairement absents, pour faire face à des nécessités économiques temporaires ou imprévues (par exemple, accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise, commande exceptionnelle à l'exportation, travaux urgents nécessités par des mesures de sécurité).

En France, on y retrouve aussi la règle du « tiers-temps » entre deux contrats de même que le versement de l'indemnité de précarité qui ont été exposés précédemment.

⁹⁴ Supiot, loc. cit., page 10

5.3. LA PROTECTION SOCIALE EN DEHORS DU CADRE DE L'ENTREPRISE

Quelles que soient les modifications qui pourraient être apportées à la Partie III du *Code* en tant que telle : élargissement de la notion de salarié, égalité de traitement, encadrement des relations entre les entreprises et les agences de location de personnel, correctifs pour mieux prendre en compte la situation des salariés à temps partiel ou en cumul d'emplois, l'accès à ces mesures sera toujours dépendant d'un lien d'emploi avec un employeur donné.

L'accessibilité à certains programmes ou à certains avantages suppose une continuité dans le lien d'emploi avec l'entreprise. Or, l'une des caractéristiques des emplois atypiques est justement cette discontinuité dans le temps et dans l'espace. On imagine mal comment, même si la loi y contraignait les employeurs, un salarié occasionnel ou sur appel ou temporaire pourrait participer aux programmes de formation mis en place pour le personnel permanent, comment un tel salarié peut bénéficier d'un congé parental qui ait quelque signification, comment un salarié à temps partiel peut être couvert « partiellement » ou au *pro rata temporis* par un régime d'assurance pour les soins dentaires ou autres soins médicaux. On connaît les conditions restrictives d'admissibilité aux régimes complémentaires de retraite, conçus pour des salariés permanents. On ne peut s'attendre à ce que, malgré une éventuelle mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement, les salariés d'agence de travail temporaire puissent bénéficier de assurances collectives, de régimes de retraite en vigueur dans les entreprises où ils effectuent des remplacements de courte ou de longue durée.

Par ailleurs, le moyen parfois utilisé qui consiste à verser au salarié atypique, en complément de salaire un montant proportionnel (*pro rata temporis*) à ce que l'employeur paye en cotisation au titre des avantages sociaux pour ses employés permanents, s'avère une solution en apparence équitable mais nettement insatisfaisante. En effet, les montants risquent d'être minimes et, de toutes manières, insuffisants pour permettre au salarié d'acheter une protection équivalente. Il est donc raisonnable de croire que la probabilité est élevée que cet argent soit utilisé à d'autres fins et laisse le salarié sans plus de protection.

Au-delà des grands régimes publics de protection sociale tel que l'assurance emploi, le régime de pension du Canada/Québec, le régime d'assurance médicaments et la sécurité de la vieillesse, tous les régimes complémentaires de sécurité sociale ont été conçus et mis en place au niveau des entreprises ou des établissements afin de répondre aux besoins de protection des salariés permanents de l'entreprise. Cela n'est sans doute pas étranger au fait que le régime de rapports collectifs du travail au Canada qui a favorisé l'établissement de tels programmes est un régime très décentralisé.

Si l'on entend répondre aux besoins des travailleurs qui n'ont pas de lien continu ou permanent avec une entreprise mais qui travaillent par intermittence ou qui cumulent plusieurs emplois, c'est à l'extérieur de l'entreprise qu'il faut chercher réponse à ce problème.

Mis à part la prise en charge directe par l'État, il existe deux grandes voies non mutuellement exclusives d'y arriver : la négociation ou concertation élargie accompagnée

d'un mécanisme d'extension juridique des accords ainsi conclus et, selon un concept plus récent et largement discuté en Europe, les droits de tirage sociaux.

5.3.1. L'extension juridique des accords

Il s'agit d'une technique juridique par laquelle le gouvernement (habituellement le conseil des ministres) a le pouvoir de rendre obligatoires à tous les employeurs et tous les salariés compris dans son champ d'application les dispositions d'un accord conclu entre une ou des associations représentatives des employeurs et une ou des associations représentatives des salariés dans un territoire donné pour un champ d'activité donné.

5.3.1.1. La technique de l'extension

Cette technique, là où elle est utilisée, poursuit deux objectifs : d'abord, permettre à des salariés de bénéficier d'avantages identiques sans égard à l'entreprise dans laquelle ils travaillent dans un secteur donné d'activité, ensuite, éviter que la concurrence entre les entreprises se fasse sur la base des conditions de travail et sur le coût des avantages sociaux.

Largement répandue en Europe, cette technique est utilisée, en Amérique du Nord, uniquement au Québec depuis 1934⁹⁵ sous deux lois différentes la *Loi des Décrets de convention collective*⁹⁶ et, dans l'industrie de la construction, la *Loi sur les relations du travail, la formation professionnelle et la gestion de la main-d'œuvre dans l'industrie de la construction*.⁹⁷

Ces lois ont permis la mise en place de nombreux régimes d'avantages sociaux et de systèmes de gestion des banques de congés annuels pour l'ensemble des travailleurs des secteurs d'activités où elles sont utilisées. Ces programmes sont administrés par des comités paritaires (ou commission dans le cas de la construction) où siègent des représentants des employeurs et des salariés.⁹⁸

À titre d'exemple, c'est le recours à cette technique qui a permis de mettre en place en France des régimes complémentaires de protection sociale pour les salariés des agences d'intérim.

Un accord fut conclu le 2 décembre 1997 entre les associations regroupant les agences de travail par intérim, aujourd'hui fusionnées et regroupées dans un seul organisme patronal, le Syndicat des Entreprises de Travail Temporaire (SETT) et les syndicats de leurs salariés. En vertu de cet accord, les salariés d'agence peuvent bénéficier de tous les avantages suivants sans égard au lieu où ils travaillent : formation, protection en cas de maladie,

⁹⁵ Voir DUBÉ, Jean-Louis. *Décrets et comités paritaires. L'extension juridique des conventions collectives*, Sherbrooke, Les Éditions Revue de Droit Université de Sherbrooke, 1990, 376 pages et BERNIER, Jean. *L'extension juridique des conventions collectives au Québec*, Gouvernement du Québec, Commissions consultative sur le travail, 1986, 130 pages.

⁹⁶ L.R.Q., c. D-2

⁹⁷ L.R.Q., c R-20

⁹⁸ Voir BERNIER, Jean, *L'administration du travail au Canada (Québec)*, Département de l'action gouvernementale, de la législation du travail et de l'administration du travail, Bureau international du travail, Genève, 2001, 127 pages.

accident de trajet, accident du travail, maladie professionnelle, congé de maternité ou d'adoption, décès, invalidité et incapacité permanente.⁹⁹

Enfin, suite à l'extension, le 11 novembre 1992 de l'accord du 9 janvier 1991, les salariés des entreprises de travail temporaire ont accès à un régime complémentaire de retraite et les entreprises sont tenues d'y cotiser.¹⁰⁰

5.3.1.2. Un exemple de régimes non reliés à l'entreprise

À cet égard, les régimes en vigueur dans l'industrie de la construction au Québec constituent des modèles du genre et montrent à l'évidence comment il est possible de mettre en place des régimes de retraite et d'assurance collective dans un secteur où existe en permanence la discontinuité d'emploi aussi bien au plan temporel que spatial.

Il ne s'agit pas ici de faire un examen critique de l'ensemble du régime de rapports collectifs du travail dans cette industrie ni de suggérer que ce modèle est transposable comme tel ailleurs, mais simplement d'illustrer comment peut fonctionner un régime de retraite et d'avantages sociaux en dehors du cadre de l'entreprise ou de l'établissement.

En 2004, le secteur de la construction au Québec comptait 21 113 employeurs donnant du travail à 127 767 salariés pour une moyenne 4,6 salariés par employeur. En fait, 83 % des employeurs ont 5 salariés ou moins.¹⁰¹ C'est aussi un secteur qui connaît une grande mobilité accompagnée de périodes d'inactivité, les salariés passant souvent d'un chantier à l'autre. On conçoit alors facilement qu'il est, à toutes fins utiles, impossible de mettre en place chez chaque employeur un quelconque régime de retraite et d'avantages sociaux adapté à la situation particulière de ces travailleurs.

Néanmoins ces salariés bénéficient, depuis 1963, d'une assurance collective et d'un régime de retraite qui résultent d'une négociation entre les associations patronales et syndicales de l'industrie. Les salariés et leurs employeurs contribuent financièrement au maintien de ces régimes au moyen de cotisations variables. Ce sont des régimes privés de portée universelle car les salariés demeurent couverts mêmes s'ils changent d'employeur ou de région.¹⁰²

L'originalité de ces régimes qui assure leur universalité et leur portabilité réside dans le fait que les cotisations versées par les employeurs et les salariés de même que le niveau de protection auquel les salariés ont droit sont déterminés en fonction du nombre d'heures travaillées dans une période donnée. C'est fondamentalement ce qui permet d'avoir un régime adapté à la situation particulière de ces travailleurs atypiques que sont les salariés de la construction.

⁹⁹ Voir par exemple : http://sett.org/Web_Accueil/Index.aspx

¹⁰⁰ Voir BERNIER, Jean, Guylaine Vallée et Carol Jobin, LES BESOINS DE PROTECTION SOCIALE DES PERSONNES EN SITUATION DE TRAVAIL NON TRADITIONNELLE, Québec, Ministère du travail, 2003, 807 pages, à la page 350.

¹⁰¹ Source : CCQ août 2005, Tableau B1, Nombre et taille moyenne des employeurs, 1995-2004, <http://www.ccq.org>

¹⁰² Voir CCQ, <http://www.ccq.org>

- Le régime d'assurance

Le régime d'assurance comprend l'assurance vie, l'assurance santé et l'assurance salaire. Il prévoit quatre niveaux de protection ou de services correspondant chacun à un nombre d'heures effectivement travaillées dans une période de référence donnée, calculée par tranche de six mois.¹⁰³

Ainsi le salarié qui a travaillé 750 heures durant la période de référence aura droit à la couverture la plus complète (régime A) alors que celui qui n'aura travaillé que 600, 450 ou 300 heures (régimes B, C et D) bénéficiera d'une protection de niveau moindre. C'est ainsi, par exemple, que l'assurance vie prévoit plusieurs niveaux de prestations en cas décès de telle sorte que les ayants droit d'un travailleur couvert par le régime A recevront, le cas échéant, une prestation de décès plus élevée que ceux d'un assuré au régime B et ainsi de suite. Par ailleurs, seuls les salariés des régimes A, B et C ont droit à l'assurance salaire, les prestations de longue durée étant aussi d'un montant différent pour chaque niveau. Il en va de même pour les franchises, les couvertures et les limites applicables en matière d'assurance médicaments, soins de la vue, soins dentaires, frais paramédicaux et autres, le régime A étant plus généreux que le régime B et ainsi de suite.¹⁰⁴

- Le régime de retraite

Les salariés de la construction bénéficient aussi d'un régime de retraite assez original en ce sens qu'il comprend une composante dite à prestations déterminées (PD) et une composante dite à cotisation déterminée (CD). Le régime est constitué de trois comptes : le compte général, le compte complémentaire et le compte des retraités. Le compte général pourvoit au paiement d'une prestation forfaitaire au départ ou au décès du participant ainsi qu'au transfert au compte des retraités des sommes nécessaires au versement des prestations accumulées selon un mode PD. Le compte complémentaire sert aux mêmes fins que le précédant mais son fonctionnement est de type CD. Le compte des retraités, alimenté par les deux autres comptes, pourvoit au paiement des rentes aux retraités ainsi qu'aux prestations de décès.¹⁰⁵

Une particularité de ce régime qui le distingue des régimes habituels dans les entreprises réside dans le fait que, normalement, en cas de déficit, c'est l'employeur qui doit combler l'écart. Or, dans un tel régime la multiplicité des employeurs et la petite taille du plus grand nombre d'entreprises constitue à cet égard un élément de vulnérabilité du régime.

Les parties intéressées sont donc « condamnées » à faire preuve d'imagination et à utiliser toute la flexibilité que permet ce type de régime pour faire face aux situations difficiles.

C'est ainsi que, suite à un déficit important survenu en 2002, des modifications au régime ont pu être introduites après négociations entre les acteurs afin de mettre en place un plan

¹⁰³ Voir le *Règlement sur les régimes complémentaires d'avantages sociaux dans l'industrie de la construction*, Mise à jour : août 2005, notamment aux articles 18 à 21, 44 et 48, 56 et suivants, 76 et suivants.

¹⁰⁴ Ibidem, aux Annexes VI à XI.

¹⁰⁵ Ibidem, articles 107 et suivants

de redressement visant à constituer une réserve pour fluctuations économiques et pour indexations futures au compte des retraités.¹⁰⁶

La rente normale à laquelle a droit le retraité est composée de deux éléments : un élément (PD) qui est fonction des heures travaillées, par tranche de 1000 heures, auquel s'ajoute un supplément et un élément CD calculé en fonction des équivalents actuariels applicables.¹⁰⁷ Le régime prévoit aussi, à certaines conditions, la rente ajournée, la rente anticipée, la rente pour invalidité, la rente différée et des prestations au décès.

C'est donc dire qu'avec un encadrement légal approprié, il est possible de mettre en place pour des salariés atypiques un régime de retraite et d'avantages sociaux tout à fait comparable à ce qui existe dans les grandes entreprises au bénéfice des salariés permanents à temps complet.

Même s'ils s'avèrent suffisamment souples pour suivre le salarié d'une entreprise à une autre, ces régimes élaborés et administrés dans un cadre extérieur à l'entreprise n'en demeurent pas moins assujettis à une relation d'emploi dans une branche d'activité donnée.

Une conception différente et relativement nouvelle tend à rattacher certains éléments de la protection sociale à un état professionnel « qui englobe les diverses formes de travail que toute personne est susceptible d'accomplir durant son existence. »¹⁰⁸ plutôt qu'à une activité de travail précise ou à une relation d'emploi. Ce sont les droits de tirage sociaux qui viennent, non pas se substituer, mais s'ajouter aux régimes de protection sociale existants qu'ils soient de portée universelle, comme l'assurance santé, par exemple, ou reliés à l'emploi comme l'assurance emploi, l'indemnisation des accidents du travail ou encore reliés à l'entreprise, comme les régimes complémentaires de retraite.

5.3.2. Les droits de tirage sociaux

Dans le rapport qu'il a préparé avec un groupe d'experts pour la Commission européenne, Alain Supiot, a développé une approche des droits sociaux qui se situe non seulement au-delà de la relation d'emploi et du travail subordonné mais même au-delà du travail rémunéré et qui cherche à assurer à la fois sécurité et liberté. Sécurité : par la jouissance d'un temps rémunéré, prenant la forme soit d'une libération du temps de travail, soit du financement d'une activité de travail hors marché. Liberté : par l'initiative laissée au titulaire de décider à quel moment et quelles fins, il entend recourir à ses droits de tirage.

Il s'agit d'un état professionnel fondé sur la notion de travail, incluant, comme l'écrit Supiot, « toutes les formes non-marchandes » du travail :

« La seule notion qui déborde l'emploi sans englober la vie tout entière est la notion de travail, et c'est donc la seule qui puisse fonder un état professionnel. La

¹⁰⁶ Jacques Rainville, actuaire principal à Commission de la construction du Québec, « *Histoire récente du Régime supplémentaire de rentes pour les employés de l'industrie de la construction du Québec* », Nouvelles générations : nouveaux besoins, 12^e Conférence régionale de l'Institut canadien de retraite et d'avantages sociaux, Gatineau, le 18 octobre 2005, (non publiée).

¹⁰⁷ *Règlement sur les régimes complémentaires...*, loc. cit., art. 131 et Annexe II.

¹⁰⁸ Supiot, loc. cit, page 25

distinction du travail et de l'activité n'est pas à rechercher dans la nature de l'action accomplie (la même course en montagne est une récréation pour le touriste, un travail pour le guide qui l'accompagne). Le travail se distingue de l'activité en ce qu'il répond à une obligation, que cette dernière soit volontairement souscrite ou légalement imposée. Cette obligation peut être de nature contractuelle (salarié, travailleur indépendant) ou statutaire (fonctionnaire, moine); elle peut être souscrite à titre onéreux (emploi) ou à titre gratuit (bénévolat, stage); mais le travail s'inscrit toujours dans un lien de droit. C'est ce qui autorise à parler de travail scolaire dès lors que la scolarité est obligatoire, de travail dans la sphère domestique dès lors que l'éducation des enfants est un devoir attaché à l'autorité parentale, de travail de l'élue dès lors que des procédures de déchéance visent celui qui n'accomplit pas convenablement son mandat, etc. Il faut et il suffit qu'à un engagement d'agir soient attachés des effets de droit, pour que cette action puisse être qualifiée de travail. Cette qualification se trouve en fin de compte dépendre soit d'un engagement volontairement souscrit, soit de la loi qui consacre l'utilité sociale de certaines tâches. »¹⁰⁹

Cet état professionnel traverse toute la vie des personnes quel que soit le type d'activité qu'elles exercent à un moment ou l'autre du temps. Il peut s'agir aussi bien d'un emploi salarié, d'un travail indépendant, d'une période de formation que d'un travail non rémunéré, tel que prendre soin d'une personne ou faire un travail bénévole. Il couvre aussi les périodes d'inactivité.

De ce statut, découle « un nouveau type de droits sociaux » lié au travail en général et non seulement au travail rémunéré et subordonné : ce sont les « droits de tirage sociaux » qui se définissent comme une « créance préalablement constituée », donc une banque, un « compte », dans lequel la personne peut puiser pour réaliser certains objectifs à caractère social. Ce qui distingue cette approche de la vision traditionnelle, c'est que l'exercice de ces droits, contrairement aux régimes de protection sociale actuels, n'est pas lié à la survenance d'un risque mais « relève de la libre décision de leur titulaire. »

Reste à déterminer comment est constituée cette banque de temps, puisque c'est de cela qu'il s'agit, c'est pourquoi on parle de « tirage », et à quelles fins elle peut être utilisée.

Pour Supiot, ces droits sont sociaux aussi bien par le mode de constitution de la provision que par les objectifs poursuivis.

Sur la question de la constitution de la provision, Alain Supiot disait ceci dans une conférence prononcée à l'Institut international d'études sociales (rattaché à l'O.I.T.) en novembre 1999 :

« C'est ce besoin de sécurités intégrées à l'exercice même d'une liberté qui a donné naissance aux droits de tirage sociaux. L'objet de ces droits peut-être extrêmement divers, mais leur structure est toujours semblable. Au lieu que le travailleur soit exposé seul aux coûts inhérents à l'exercice d'une liberté déterminée, le droit lui est

¹⁰⁹ Supiot, loc. cit, page 24

reconnu de mobiliser à cet effet un financement collectif dans les limites d'une provision déterminée. Cette provision est abondée par des sources diverses dont la liste varie selon l'objet du droit de tirage: par l'État, par l'entreprise, par les syndicats, par la sécurité sociale, par des organismes professionnels, par des assurances, par les organismes qui profiteront de l'initiative du salarié, etc., sans oublier bien sûr le travailleur lui-même qui a toujours la possibilité d'alimenter cette provision (c'est notamment l'objet des comptes épargne temps). Ce crédit peut être complété par une assistance technique lorsque celle-ci est utile au succès de l'initiative du travailleur (par exemple la mise à son compte). Les droits de tirage sociaux opèrent ainsi une mutualisation des risques inhérents à l'exercice d'une liberté. C'est ce qui les distingue des droits à la sécurité sociale qui visent seulement à la protection contre la survenance de risques indépendants de la volonté. Et c'est ce qui explique que ces droits soient enfermés dans une double limite: limite quantitative de la provision financière et limite qualitative tenant à l'utilité sociale de l'initiative qu'il s'agit d'accompagner. L'existence de cette double limite, jointe au cofinancement éventuel de son initiative par le salarié lui-même, permet d'éviter la dilution de la responsabilité individuelle du titulaire du droit. La floraison des droits de tirage sociaux s'explique par cette aptitude à lier solidarité collective et responsabilité individuelle. »¹¹⁰

S'ils sont dits « sociaux » par leur mode de constitution diversifié, ils le sont aussi par leurs objectifs qui doivent avoir une utilité sociale.¹¹¹

Lors de la conférence prononcée à Genève en novembre 1999, Supiot illustre ainsi la variété des utilisations possibles :

« On assiste à un pullulement de ces nouveaux droits, sans avoir bien pris conscience de leur portée. Il s'agit le plus souvent de permettre au travailleur de se soustraire momentanément aux contraintes de son activité professionnelle actuelle, pour s'adonner à une autre activité socialement utile. Par exemple, pour essayer de fonder sa propre entreprise, ou bien pour s'occuper de ses jeunes enfants ou de ses vieux parents, pour participer à une action humanitaire, s'engager dans la vie syndicale ou associative, prendre une année sabbatique, pour suivre une formation professionnelle afin de s'adapter à l'évolution des techniques et des connaissances ou d'améliorer sa qualification ou de se reconverter, etc. En réalité, il s'agit là d'exercer des libertés qui sont reconnues depuis longtemps au plan formel (liberté d'association syndicale, liberté d'entreprendre, liberté du travail, droit à une vie familiale, etc.) mais dont l'exercice concret suppose du temps et de l'argent. En sont donc exclus ceux qui ne peuvent se payer le luxe de perdre leur emploi et de vivre sans revenu professionnel. »¹¹²

¹¹⁰ Alain Supiot, « Travail, droit et lien social », Genève, novembre 1999, <http://www.ilo.org/public/french/bureau/inst/papers/publics/supiot/#travail>

¹¹¹ Supiot, loc. cit. page 25.

¹¹² Supiot, « Travail, droit et lien social », loc. cit.

Nous ne connaissons pas pour le moment de société qui serait parvenue à mettre en place un régime aussi complexe.

Sa mise en œuvre n'est pas sans soulever de sérieuses questions. S'agissant de constituer pour chaque personne, un « compte », cela pose la question de savoir, par exemple, à partir de quand le compte disposera d'une provision suffisante pour pouvoir en tirer des droits. Et comme l'usage de cette provision est non seulement relié au statut professionnel qui traverse toute la vie mais est également laissé à l'initiative du titulaire, peut-on imaginer une situation où ce dernier aurait épuisé ses droits dans les premières années de sa vie active.

Dans l'étude qu'elle a réalisée pour les *Réseaux canadiens de recherche en politiques publiques*, Guylaine Vallée écrivait ceci en citant au passage un texte d'Antoine Jeammaud :

« L'une des principales incertitudes de cette proposition concerne les contours du système qui permettrait l'exercice des droits de tirage sociaux proposés. Comme l'écrit Antoine Jeammaud, cela «supposerait [...] d'imposantes réformes législatives et conventionnelles dans le cadre d'une ingénierie sociale sans précédent» pour édifier «un gigantesque organisme chargé de collecter des contributions (des individus, des entreprises, de l'État, des organismes de protection sociale «classique», etc.), de gérer des «provisions» ainsi constituées pour le compte de chacun, et de servir des prestations correspondant aux droits dont les individus décideraient de jouir» (Jeammaud, 2000 : p. 20). Par ailleurs, le travail colossal qu'exigerait la mise en place d'une telle structure administrative ne concerne pas «l'organisation et la gestion des entreprises, et de l'appareil productif en général» (Jeammaud, 2000 : p. 23). Selon cet auteur, le Rapport Supiot insiste davantage sur la contribution des entreprises à la réalisation d'un état professionnel que sur les dispositifs qui permettraient aux travailleurs de développer un véritable contre-pouvoir face aux structures du capital (Jeammaud, 2000 : p. 23). »¹¹³

La mise en œuvre d'une telle banque de portée très large risque en effet de poser des difficultés considérables et d'engendrer des coûts importants sans compter les problèmes susceptibles de surgir au plan du partage des compétences entre l'État fédéral et les provinces en fonction des objets visés.

Il apparaît qu'il serait sans doute plus facile à maints égards d'envisager la création de plusieurs régimes distincts de droits de tirage sociaux chacun répondant à un besoin ou un groupe de besoins spécifiques.

D'ailleurs, il existe déjà en contexte canadien et surtout québécois des régimes qui s'apparentent aussi bien dans leur mode de financement que dans leurs objectifs à ces droits

¹¹³ VALLÉE, Guylaine, *Pour une meilleure protection des travailleurs vulnérables : des scénarios de politiques publiques*, Collection – Définir la vulnérabilité sur le marché du travail – No/1, Réseau de la main-d'œuvre, Réseau canadien de recherche en politique publiques, mars 2005, 69 pages, aux pages 30 et 31

tirage de sociaux à la différence près qu'il s'agit de régimes distincts. En ce sens, cependant, ils s'éloignent du principe de liberté inhérent au concept original.

Celui qui semble le plus prêt du concept développé dans le rapport Supiot est le régime de congés parentaux¹¹⁴ mis en place par le Québec qui sera bientôt accessible non seulement aux salariés mais à toute personne qui travaille, même comme travailleur indépendant. Pour correspondre plus parfaitement encore au modèle décrit dans le rapport Supiot, il devrait s'étendre aussi aux personnes qui ont une activité hors-marché du travail, par exemple, aux travailleurs bénévoles, avec les coûts supplémentaires que cela provoquerait inévitablement.

On pourrait facilement imaginer, au moins théoriquement, que le régime instauré en vertu de la loi dite du 1 % et le Fond national de formation de la main-d'œuvre au Québec¹¹⁵ pourrait être transformés pour rendre les activités de formation accessibles à toute personne en activité qu'elle ait ou non un lien d'emploi avec une entreprise en particulier. On perçoit aussi déjà quelle reconversion cela signifie aussi bien plan du financement et de la gestion qu'à celui de la diffusion de la formation.

Sans doute, une formule analogue pourrait-elle être adaptée pour les congés de compassion. Et on pourrait ainsi ajouter d'autres exemples de droits de tirage en fonction d'objectifs sociaux, chaque tirage étant effectué à partir d'une banque spécifique et indépendante mais obéissant aux principes d'un approvisionnement diversifié dans ses sources, d'une part, et de poursuite d'objectifs à caractère social, d'autre part.

Toutefois, lorsqu'on observe les coûts engendrés par le seul régime québécois de congés parentaux et son mode de financement, il y a lieu de s'interroger sur l'opportunité de créer maintenant de tels droits de tirage ou, à tout le moins, d'en faire une évaluation.

¹¹⁴ Loi sur l'assurance parentale, L.R.Q., c. A-29.0.11

¹¹⁵ Loi favorisant le développement de la formation de la main-d'œuvre, L.R.Q., chapitre D-7.1.

CONCLUSION

Au terme de ce tour d'horizon de diverses pratiques et stratégies relatives à une adaptation des textes législatifs à la situation particulière des travailleurs atypiques, il paraît à propos d'examiner successivement, d'abord, ce qui pourrait être fait par des modifications à la Partie III du *Code canadien du travail* et, ensuite, des pratiques plus novatrices qui dépasseraient celui des conditions minimales de travail telles qu'entendues traditionnellement et qui demanderaient un encadrement juridique plus substantiel.

1. DES MODIFICATIONS À LA PARTIE III DU CODE

Les modifications examinées dans ce bloc ne comportent rien de très innovateur, malgré les apparences. Elles ne visent qu'une mise à niveau des normes existantes de façon à les rendre accessibles aux salariés atypiques et à traiter ces derniers équitablement en regard de ceux qui ont un emploi permanent à temps complet dans une relation de travail claire, c'est-à-dire ni ambiguë, ni déguisée.

1.1. FACE À L'EXCLUSION

La partie III ne comporte pas de définition du terme « salarié », avons-nous noté, de telle sorte qu'il doit être entendu dans le sens traditionnel du terme, ce qui a une signification importante du fait que c'est le statut de salarié qui donne accès à une multitude de protections sociales, publiques comme privées.

Trois approches ont été envisagées en vue de lever les ambiguïtés qui peuvent en résulter. L'approche jurisprudentielle ne paraît guère féconde puisqu'elle est synonyme de *statu quo*. La thèse de la parasubordination, malgré son caractère original et innovateur, a non seulement soulevé des objections là où elle a été mise en œuvre mais elle semble bien étrangère à notre culture nord américaine.

- La définition de salarié

Il serait souhaitable que la Partie III clarifie cette notion de « salarié », il y aurait lieu de retenir une définition large, mettant l'accent sur la dépendance économique et incluant l'entrepreneur dépendant.

- La présomption simple

La présomption simple du lien de salariat, lorsque la personne établit qu'elle fournit personnellement une prestation de travail pour une autre personne moyennant rémunération, faciliterait la qualification de la relation d'emploi, notamment lorsqu'il y a ambiguïté ou tentative de déguisement.

- Le changement de statut

Des mesures de contrôle ou de révision en cas de changement dans le statut du salarié à l'initiative de l'employeur constitueraient une mesure de protection additionnelle face au risque de déguisement de la relation d'emploi.

1.2. FACE À LA DISPARITÉ DE TRAITEMENT

La disparité de traitement en fonction du statut d'emploi est socialement inacceptable. Si la recherche de flexibilité justifie d'avoir recours à une main-d'œuvre qui ne soit ni permanente ni à temps complet, rien ne justifie socialement que ces travailleurs atypiques, souvent parmi les plus vulnérables, soient soumis à un traitement inférieur à celui des salariés permanents à temps complet.

- Le principe de la parité de traitement

C'est pourquoi devrait être affirmé dans la loi le principe de la parité de traitement pour un travail similaire dans la même entreprise sans égard au nombre d'heures travaillées, à la durée du contrat ou au lieu d'exécution du travail.

Il va de soi que ce principe n'interdit pas les différences fondées sur le degré de qualification, l'ancienneté, l'expérience ou autres caractéristiques individuelles.

Toutefois, la simple affirmation du principe d'égalité ne suffit à aplanir les écarts.

- Le salaire égal

Il y aurait lieu notamment de considérer l'introduction d'une disposition visant à préciser, tel que cela est prévu dans la *Loi sur les normes du travail* au Québec l'interdiction d'accorder « à un salarié un taux de salaire inférieur à celui consenti aux autres salariés qui effectuent les mêmes tâches dans le même établissement, pour le seul motif que ce salarié travaille habituellement moins d'heures par semaine. »¹¹⁶

- L'exigence de service continu

L'exigence de service continu pour avoir accès à certains congés, notamment aux congés fériés, a pour conséquence que des salariés embauchés par contrat à durée déterminée ne se qualifient jamais ou rarement. Elle pourrait être retirée de la Partie III pour les jours fériés comme l'ont déjà fait le Québec, l'Ontario et la Saskatchewan ; pour le congé pour raisons familiales et parentales ; comme c'est le cas au Québec, en Colombie-Britannique, au Nouveau-Brunswick et pour les décès, où seul le Québec n'exige pas de service continu pour un congé rémunéré.¹¹⁷

¹¹⁶ L.N.T., L.R.Q., c. N-1.1, art. 41.1. Toutefois l'alinéa 2 de cet article va à l'encontre du principe d'égalité.

¹¹⁷ Données tirées de Boisclair, Lise, Pierre Boulet, Pascal-André Dessureault et Yves Hallé, *Une étude comparative de la législation sur les normes minimales du travail au Canada*, Québec, Ministère du travail, juillet 2005, 60 tableaux.

- Le cumul d'emplois

Le cumul d'emplois pose la question des conflits d'horaires entre deux ou plusieurs entreprises, en particulier lorsqu'il s'agit du travail en temps supplémentaire.

Un salarié devrait donc se voir reconnaître, en certaines circonstances, le droit de refuser de travailler en temps supplémentaire sans risque de perdre son emploi ou de se voir autrement sanctionné, notamment lorsque cela le met en conflit d'horaires avec un autre emploi ou lorsque cela a pour effet de prolonger indûment sa semaine ou sa journée de travail. La loi québécoise comporte une disposition qui ne répond que partiellement à cette préoccupation ; de plus, dans certaines circonstances limitées, le droit de refus du travail en temps supplémentaire peut être exercé au Manitoba, au Nouveau-Brunswick, en Ontario, en Saskatchewan et au Yukon.¹¹⁸

- L'accès à des emplois permanents

Sans aller jusqu'à reconnaître un droit d'accès prioritaire aux salariés atypiques, la loi pourrait leur reconnaître le droit d'être informés des emplois permanents devenus vacants ou nouvellement créés afin qu'ils puissent se porter candidats.

- Les emplois particulièrement dangereux

Compte tenu des études réalisées sur ce sujet et de la réglementation existante ailleurs, il devrait être interdit aux entreprises fédérales de confier à des salariés occasionnels ou temporaires des travaux particulièrement dangereux ou qui nécessitent un suivi médical.

- La location de personnel

Il apparaît difficilement concevable que ce secteur d'activité qui a pour objet de retenir les services de personnes pour les louer à d'autres contre rémunération échappe à toute forme de réglementation ou d'encadrement autre que de respecter les conditions minimales de travail. On a décrit précédemment les difficultés posées par ce type d'activité aussi bien en terme de protection sociale que d'accès à la représentation collective.

Lorsqu'il s'agit d'entreprises fédérales qui font affaire avec des agences de location de personnel, il y aurait lieu de préciser qui est réputé être l'employeur et d'établir le principe de la responsabilité mixte ou co-responsabilité pour toutes les sommes dues aux salariés de même que le principe de l'égalité de traitement tel que défini précédemment. De plus, les salariés d'agence devraient avoir accès, au terme de leur mission de remplacement, dans le respect des règles habituelles de recrutement, à des emplois à temps complet ou à temps partiel offerts par l'entreprise fédérale sans avoir à verser quelque montant que ce soit à l'agence à titre de pénalité ou autre forme de compensation.

¹¹⁸ Ibidem.

2. DES PRATIQUES PLUS NOVATRICES

Bien que les modifications envisagées dans les paragraphes précédents n'aillent pas sans conséquences pour les entreprises, en termes de coûts, et pour les salariés, en termes de protection et d'équité, elles peuvent être mises en œuvre dans le cadre et dans l'esprit de l'actuelle Partie III.

Elles ne sauraient suffire cependant à assurer aux salariés atypiques une protection sociale égale ou équivalente à celle dont jouissent les salariés traditionnels, notamment en ce qui a trait aux avantages sociaux. Trois ordres de propositions surgissent : les mesures dissuasives, les régimes complémentaires d'avantages sociaux et les droits de tirage sociaux.

2.1. LES MESURES DISSUASIVES

Mêmes si elles ne limitent en rien la liberté de choix des employeurs, les propositions formulées dans la section précédente, en particulier la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement, peuvent constituer une incitation pour certains d'entre eux à préférer, dans ces conditions, une main-d'œuvre permanente plutôt que précaire.

Y aurait-il lieu d'aller plus loin et d'introduire des mesures plus dissuasives tel qu'un encadrement plus étroit du recours à la main-d'œuvre atypique ? Il pourrait s'agir de restrictions à l'utilisation de personnel temporaire, y compris les salariés d'agence ou encore l'introduction d'un délai entre les contrats à durée déterminée voire le versement d'une indemnité de précarité.

Ces questions mériteraient un examen plus approfondi pour deux raisons : la question des coûts et de leur impact sur l'emploi mais aussi les difficultés de contrôle de la mise en œuvre. Sur ce dernier point, selon une information que je n'ai pu valider mais que je tiens d'experts européens à qui j'ai pu parler, il semble que des règles comme celle du tiers-temps décrite précédemment sont très difficiles d'application. Il en va de même de la restriction du travail temporaire aux périodes de surcroît de travail occasionné par un accroissement soudain et temporaire de la demande, etc.

Toutefois, s'agissant du versement d'un montant forfaitaire, la mise en œuvre d'une mesure telle que l'indemnité de précarité ne semble pas poser ce type de difficulté de contrôle de son application.

Serait-il opportun d'interdire le trafic de main-d'œuvre, c'est-à-dire le recours à des salariés d'agence pour effectuer des tâches permanentes ?

Dans l'hypothèse d'une réponse négative, il y aurait lieu, à tout le moins, que l'agence et l'entreprise cliente soient considérées comme un employeur unique pour les fins de l'accréditation et de la négociation collective.

2.2. LES RÉGIMES COMPLÉMENTAIRES D'AVANTAGES SOCIAUX

Il a été démontré dans cette étude qu'il est à toutes fins utiles impossible de faire bénéficier les salariés atypiques des mêmes avantages sociaux, régimes de retraite et d'assurances collectives, que les salariés permanents à temps complets.

Si on peut imaginer des formules en vertu desquels les salariés permanents à temps partiel pourraient bénéficier, dans une mesure proportionnelle à certains avantages sociaux dans l'entreprise où ils travaillent, cela devient impossible pour les salariés occasionnels ou temporaires ou soumis à quelque forme que ce soit de discontinuité dans la relation d'emploi, dans le temps et dans l'espace.

La solution qui mérite d'être envisagée à cet égard réside dans la mise en place de régimes contributifs en dehors du cadre de la relation d'emploi continue dans une entreprise donnée. Des modèles de ces régimes vigueur, soit au Québec, soit à l'étranger, ont été décrits précédemment.

Il pourrait s'agir de régimes élaborés par voie d'accord entre les partenaires sociaux au niveau d'une branche d'activité dans le champ de compétence fédéral. Compte tenu de la taille de certaines entreprises fédérales, il pourrait s'agir d'un régime parallèle aux régimes existant à l'échelle de l'entreprise.

2.3. LES DROITS DE TIRAGE SOCIAUX

Comme il s'agit d'un concept nouveau qui n'a pas été mis à l'épreuve de l'expérience concrète, selon la connaissance que nous en avons, il serait sans doute utile de pousser plus loin l'étude de cette question aussi bien au plan des coûts que de l'appareil administratif qu'il requiert avant d'envisager de l'appliquer.

Néanmoins, malgré que cela implique de singulières limites au principe de liberté, inhérent au concept original, il vaut la peine d'examiner son application sur des objets bien identifiés, tels que les congés parentaux, par exemple.

En conclusion finale, on me permettra de rappeler certaines considérations formulées par les auteurs du rapport Bernier et qui retrouvent toute leur pertinence au terme de la présente étude. Un rappel des conséquences éventuelles pour l'ensemble de la société du choix que font les entreprises de privilégier des formes de flexibilité axées sur la main-d'œuvre.

« L'apparition d'une dualité du marché du travail constitue une des conséquences visibles de ce choix. Les entreprises tendent à n'utiliser qu'un noyau dur de salariés permanents, spécialisés et expérimentés. Lorsqu'un besoin immédiat de main-d'œuvre vient à se faire sentir, les entreprises se tournent alors vers un autre genre de travailleurs, les travailleurs à temps partiel, pour une durée déterminée ainsi que ceux qui sont embauchés par l'intermédiaire d'une agence de placement temporaire¹¹⁹

¹¹⁹ Pierre Verge, « L'adaptation du droit du travail à la nouvelle entreprise », dans *L'incessante évolution des formes d'emploi et la redoutable stagnation des lois du travail*, LVI e congrès des relations industrielles de

On voit également apparaître une inégalité de traitement entre les groupes de travailleurs au niveau des conditions dans lesquelles s'exécute le travail.¹²⁰

La précarisation de l'emploi susceptible de découler de cette recherche de flexibilité, crée des effets négatifs sur l'ensemble de la main-d'œuvre et de la société. Elle est source de tensions entre les travailleurs à temps complet et ceux à temps partiel, chez les jeunes travailleurs atypiques bénéficiant de conditions de travail moins avantageuses que leurs aînés.¹²¹ Par ailleurs, cette précarisation exerce une pression sur les programmes sociaux puisqu'à plus long terme, il risque d'y avoir une augmentation du nombre de bénéficiaires des programmes d'assistance publics, en raison de la diminution des conditions de travail et des protections sociales d'une partie de la population active.

En effet, le recours croissant au travail atypique a notamment pour effet de placer en dehors du champ du droit du travail une quantité non négligeable (on parle de 25 % à 30 % de la main-d'œuvre) de personnes qui, tout en étant actives sur le marché du travail, se trouvent exclues de nombreux avantages ou protections dont bénéficient les salariés traditionnels. Bien que les domaines d'exclusion puissent varier selon les catégories de travailleurs atypiques, il pourra s'agir parfois de l'accès à la représentation collective et du droit à la négociation collective des conditions de travail rendues difficiles, sinon tout à fait impossibles. Pour d'autres, il s'agira de l'impossibilité de bénéficier des avantages sociaux publics (assurance-emploi) ou privés (régimes complémentaires d'assurances-santé, régimes complémentaires de retraite, régimes collectifs d'assurance-vie) accessibles à d'autres salariés, réguliers ou permanents, exerçant des fonctions similaires dans la même entreprise.

Cette situation d'exclusion ne peut avoir pour effet que d'entraîner un déplacement des charges sociales à l'intérieur de la société et de faire reposer une part plus que proportionnelle de ce fardeau sur ceux et celles qui ont un statut de travail plus classique. En effet, dans le cas où des travailleurs indépendants, vrais ou faux, se retrouvent sans ressources, ils deviennent à la charge des programmes d'aide sociale à défaut d'avoir pu contribuer à l'assurance-emploi. De la même manière, ils se retrouveront à la charge directe de l'État suite à un accident du travail ou une maladie professionnelle à défaut de s'être inscrit ou d'avoir contribué volontairement au régime public de protection pertinente.

On peut aussi soupçonner l'écart s'établissant entre les travailleurs bénéficiant de régimes complémentaires de protections sociales et ceux qui s'en trouvent exclus.

l'Université Laval, Les Presses de l'Université Laval, Sainte-Foy, 2001, p. 21-42, p. 24 ; Comité consultatif sur le milieu de travail en évolution, *Réflexion collective sur le milieu de travail en évolution*, Canada, Ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux, 1997, 267 pages, p. 84.

¹²⁰ A. Bourhis et T. Wils, « L'éclatement de l'emploi traditionnel: les défis posés par la diversité des emplois typiques et atypiques », (2001) 56 Relations industrielles p. 83

¹²¹ Ibidem

De plus, le travail atypique n'étant pas un statut également ou proportionnellement réparti entre les diverses catégories sociales, il est susceptible de contribuer à accroître, plutôt qu'à diminuer, l'écart entre les hommes et les femmes de même qu'à exacerber les conflits intergénérationnels actuels ou potentiels.

(...)

Enfin, il peut être la source d'une concurrence « déloyale » entre les entreprises qui réussissent de cette manière, à réduire leurs coûts directs et indirects de main-d'œuvre, en réduisant la masse salariale incluant les charges sociales et celles qui, pour une raison ou pour une autre, ont recours à une main-d'œuvre stable et à temps complet. »¹²²

On invoque souvent l'accroissement des coûts de main-d'œuvre qui pourrait résulter de la mise en application de certaines des mesures envisagées, mais il ne faudrait pas oublier le coût social qu'entraînera à plus long terme le refus d'agir maintenant en vue de garantir une protection sociale équivalente à ceux et celles qui participent au marché du travail selon des modes différents de ceux qui prévalaient à l'origine du droit du travail et du droit social.

¹²² BERNIER, Jean, Guylaine Vallée et Carol Jobin, loc. cit., pages 38 et 39.

BIBLIOGRAPHIE

1. Ouvrages, articles et documents

ADAMS, G. W. *Canadian Labour Law*, 2ème éd., Aurora, Canada Law Book, 1993, (feuilles mobiles).

ARTHURS, H. W. « *The Dependant Contractor : A Study of the Legal Problems of Countervailing Power* », (1965) 16 *University of Toronto Law Journal* 89.

AUBERT-MONPEYSEN, Thérèse. « *Les frontières du salariat à l'épreuve des stratégies d'utilisation de la force de travail* », (1997) *Droit social* 616.

BAUDET, Véronique et Solange DELACROIX. *Travail temporaire*, Liaisons sociales, supplément au numéro 12853 du 19 février de *Liaisons sociales* quotidien, Rueil-Malmaison, 1999, pp. 1-83.

BÉLIER, Gilles. « *Temps de travail effectif et permanence du lien de subordination* », (1998) *Droit social* 530.

BENDEL, M. « *The Dependant Contractor : An Unecessary and Flawed Development in Canadian Labour Law* », (1982) 32 *University of Toronto Law Journal* 374.

BERNIER, J, R. Blouin, G. Laflamme, F. Morin et P. Verge (sous la direction de), *L'incessante évolution des formes d'emploi et la redoutable stagnation des lois du travail*, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 2001, pp. 45-52.

BERNIER, J. et autres, *Comité de travail interministériel sur les rapports collectifs du travail en milieu forestier : rapport*, Québec, 1999, 157 pages.

BERNIER, J. et autres. *L'incessante évolution des formes d'emploi et la redoutable stagnation des lois du travail*, Les presses de l'Université Laval, Sainte-Foy, 2001, 169 pages.

BERNIER, Jean, *L'administration du travail au Canada (Québec)*, Département de l'action gouvernementale, de la législation du travail et de l'administration du travail, Bureau international du travail, Genève, 2001, 127 pages

BERNIER, Jean et Guylaine Vallée, « *Pluralité des situations de travail salarié et égalité de traitement en droit du travail québécois* », in *ANALYSE JURIDIQUE ET VALEURS EN DROIT SOCIAL*, ÉTUDES OFFERTES À JEAN PÉLISSIER, Paris, Dalloz, 2004, 631 pages, aux pages 69 à 91.

BERNIER, Jean, Guylaine Vallée et Carol Jobin, *Les besoins de protection sociale des personnes en situation de travail non traditionnelle*, Québec, Ministère du travail, 2003, 807 pages.

BERNIER, Jean, Me Georges MARCEAU et Me Michel TOWNER (dissident). *Rapport du Comité d'experts sur le statut des camionneurs-propriétaires*, rapport remis à la ministre du Travail et au ministre des Transports, Québec, 9 avril 1999, 111 pages avec annexes.

BERNIER, Jean. *L'extension juridique des conventions collectives au Québec*, Gouvernement du Québec, Commissions consultative sur le travail, 1986, 130 pages.

BERNIER, Jean, « *Salarié, autonome ou... ? Quels droits ?* », in *Le Soleil* du 12 juillet 2003, page D 5.

BERNSTEIN Stephanie, Katherine Lippel et Lucie Lamarche, *Les femmes et le travail à domicile : le cadre législatif canadien*, Université du Québec à Montréal, Rapport de recherche, mars 2001, 217 pages.

BERNSTEIN, Stephanie, Katherine LIPPEL et Lucie LAMARCHE. *Les femmes et le travail à domicile : le cadre législatif canadien*, Ottawa, Condition féminine Canada, Ottawa, 2001, 227 pages, Disponible sur le site de Condition féminine Canada à l'adresse suivante : www.swc-cfc.gc.ca/publish/research/010419-0662854500-f.html.

BICH, Marie-France, Pierre Dion, Guy Lemay et Normand Ratti, *Rapport sur la location de personnel, Rapport sur la problématique du travailleur autonome, Rapport sur la problématique de l'administrateur et du dirigeant*, Québec, Commission de la santé et de la sécurité du travail, juillet 1997, 155 pages.

BICH, Marie-France, Pierre DION, Guy LEMAY et Normand RATTI. *La location de personnel, la problématique du travailleur autonome, la problématique de l'administrateur et du dirigeant*, Rapport des travaux d'un comité formé par la Commission de la santé et de la sécurité du travail, Gouvernement du Québec, juillet 1997, 155 pages.

BICH, Marie-France. « *De quelques idées imparfaites et tortueuses sur l'intermédiation du travail* », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit du travail*, vol. 153, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 257.

BLACK, H. C. *Black's Law Dictionary*, 5ème éd., St. Paul (Minn.), West Publishing Co., 1979.

BOISCLAIR, Lise, Pierre Boulet, Pascal-André Dessureault et Yves Hallé, *Une étude comparative de la législation sur les normes minimales du travail au Canada*, Québec, Ministère du travail, juillet 2005, 60 tableaux.

BOURHIS, Anne et Thierry WILS. « *L'éclatement de l'emploi traditionnel: les défis posés par la diversité des emplois typiques et atypiques* », (2001) 56 Relations industrielles 66.

BOUVIER, Philippe. « *L'indemnisation des travailleurs : la base salariale et ses modalités* », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la santé et sécurité au travail*, vol. 148, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 73.

BRIÈRE, Jean-Yves Robert P. GAGNON. *Droit du travail*, collection de droit 2001- 2002, vol. 8, École du Barreau du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, 216 pages.

BRIÈRE, Jean-Yves. « *Le Big Bang de l'emploi ou la confrontation de la Loi sur les normes du travail et des emplois atypiques* », dans L. LAMARCHE (dir.). *Emploi précaire et non-emploi : droits recherchés*, Actes de la 5e journée en droit social et du travail, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994, p. 1.

BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL. Conseil d'administration, 280e session, mars 2001, *Deuxième question à l'ordre du jour*, GB280-2001-02-0287-01-fFR.doc/v.3.

BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL. *Réunion d'experts sur les travailleurs se trouvant dans des situations où ils ont besoin de protection (Le champ de la relation d'emploi)*, Document technique de base, Genève, 15-19 mai 2000, (MEWNP/2000) et Rapport sur la discussion, annexé au document, GB.279/2.

CARNEVALE, Anthony P., Lynn A. JENNINGS and James M. EISENMANN. « *Contingent Workers and Employment Law* », in Kathleen Barker and Kathleen Christensen (eds), *Contingent Work. American Employment in Transition*, Ithaca and London, ILR Press (Cornell University Press), 1998, p. 281.

CARRÉ, Françoise, Marianne A. FERBER, Lonnie GOLDEN and Stephen A. HERZENBERG (eds). *Nonstandard Work. The Nature and Challenges of Changing Employment Arrangements*, Industrial Relations Research Association Series, 2000, 426 pages.

CARROTHERS, A. W. R., E. E. PALMER and W. B. RAYNER. *Collective Bargaining Law in Canada*, 2ème éd., Toronto, Butterworths, 1986, 785 pages.

CARTER, Donald D, Geoffrey England, Brian Etherington and Gilles Trudeau,, *Labour Law in Canada*, The Hague – London - New York : Kluwer Law International ; Butterworths, 2002, 406 p

CARTER, Donald D., Geoffrey ENGLAND, Brian ETHERINGTON et Gilles TRUDEAU. *Labour Law in Canada*, 5ème éd., The Hague, Kluwer Law International Butterworths, 2002, 406 pages.

CHAYKOWSKI, Richard P., *Travail atypique et vulnérabilité économique*, Collection – Définir la vulnérabilité sur le marché du travail – No/2, Réseau de la main-d'œuvre, Réseau canadien de recherche en politique publiques, mars 2005, 79 pages.

COIQUAUD, Urwana. « *Les nouvelles formes du travail : une réalité juridique encore confuse* », (1999) 2 Gazette du travail 145.

COIQUAUD, Urwana. *Le régime juridique des nouvelles formes de travail*, Document de travail, Programme du travail, Politique stratégique et partenariats, Développement des ressources humaines Canada, 1998, 85 pages.

Comité consultatif sur le milieu de travail en évolution. *Réflexion collective sur le milieu de travail en évolution*, Canada, Ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux, 1997, 267 pages.

Commission des normes du travail. *Les agences de placement temporaire et la Loi sur les normes du travail*, Document de travail présenté à des fins de discussion au Conseil d'administration de la Commission des normes du travail, janvier 1996, 34 pages.

Commission du droit du Canada, *Travailler, oui mais... Le droit du travail à retravailler*, décembre 2004, 71 pages.

Commission for Labor Cooperation, *The Rights of Nonstandard Workers : a North American Guide*, North American Agreement on Labor Cooperation, 2001-2002, 56 pages.

Conseil du statut de la femme. *Travailler autrement : pour le meilleur ou pour le pire? Les femmes et le travail atypique*, Québec, 2000, 213 pages.

Conseil économique et social. *Le travail à temps partiel*, Journal officiel de la République française, séance des 28 et 29 janvier 1997, 143 pages.

Conseil permanent de la jeunesse, Actes du colloque *Vivre à l'ère précaire – cause et conséquences du travail atypique chez les jeunes*, Québec, avril 2003, 79 pages.

Conseil permanent de la jeunesse, *Emploi atypique et précarité chez les jeunes – Une main-d'œuvre à bas prix, compétente et jetable !* Québec, 2001, 113 pages.

COTNOIR, Jocelyne, Robert L. RIVEST et Stéphanie SOFIO. « *La protection accordée par la Loi sur les normes du travail en matière d'absence pour cause de maladie : diagnostics et pronostics* », Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit du travail*, vol. 171, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 63.

COX, Rachel, Jacques DESMARAIS et Katherine LIPPEL. *Les enjeux juridiques du télétravail au Québec*, Rapport de recherche publié par le CEFRIO, Mai 2001, 163 pages, Disponible sur le site du CEFRIO à l'adresse suivante : www.cefrio.qc.ca/projets/teletravail/enjeux_juridiques.pdf.

DAVIDOV, Guy, « *Joint Employer Status in Triangular Employment Relationships* », British Journal of Industrial Relations, 42 :4 December 2004 0007-1080 pp. 727-746.

DELBAR Catherine et Évelyne Léonard, *Le travail intérimaire*, Courrier hebdomadaire, Centre de recherche et d'information socio-politique (CRISP), 2002, no 1778, 47 pages.

DESROCHERS, Lucie. *Travailler autrement : pour le meilleur ou pour le pire? – les femmes et le travail atypique*, Gouvernement du Québec, Conseil du statut de la femme, 2000, 213 pages.

Développement des ressources humaines Canada. *Résultats de l'enquête sur le travail indépendant au Canada*, Préparé par Benoît Delage, Direction générale de la recherche appliquée, 2002, 117 pages.

DUBÉ, Jean-Louis et Nicola DI IORIO. *Les normes du travail*, deuxième édition, Sherbrooke, Les Éditions Revue de droit Université de Sherbrooke, 1992. 779 pages.

DUBÉ, Jean-Louis. *Décrets et comités paritaires. L'extension juridique des conventions collectives*, Sherbrooke, Les Éditions Revue de Droit Université de Sherbrooke, 1990, 376 pages.

DURIVAGE, Virginia L., Françoise J. CARRÉ and Chris TILLY. « Making Labour Law Work for Part-Time and Contingent Workers », in Kathleen Barker and Kathleen Christensen, *Contingent Work. American Employment Relations in Transition*, Ithaca, ILR Press, 1998, p. 263.

ENGLAND, G. *Individual Employment law*, Toronto, Irwin Law, 2000, 421 pages.

FORD, Karen E., Kerry E. NOTESTINE and Richard N. HILL. *Fundamentals of Employment Law*, Chicago, American Bar Association, 2000, 774 pages.

FORDE, Chris and Gary Slater, « *Agency Working in Britain: Character, Consequences and Regulation* », British Journal of Industrial Relations, 43:2 June 2005 0007-1080, pp. 249-271

FUDGE, Judy, Eric TUCKER et Leah F. VOSKO. *The Legal Concept of Employment: Marginalizing Workers*, Rapport à la Law Commission of Canada, 25 octobre 2002, 142 pages.

GAGNON, Jean-Denis. « *Employé parfois ou quelquefois. Le travail atypique ou précaire: les insuffisances du droit canadien et québécois* », (1991) 70 Revue du Barreau canadien 71.

GAGNON, Robert P. *Le droit du travail du Québec. Pratiques et théories*, 5ème éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, 809 pages.

GAGNON, Robert P. Louis Lebel et Pierre Verge, *Droit du travail*, 2^e édition, 1991, Les Presses de l'Université Laval, 1065 pages

GAGNON, Robert P., *Le droit du travail au Québec*, 5^e édition, Éditions Yvon Blais, 2003, 809 pages

GAGNON, Robert P., Louis LEBEL et Pierre VERGE. *Droit du travail*, Deuxième édition, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 1991, 1065 pages.

GENEST, Christian. *La détermination du revenu brut d'un travailleur victime d'une lésion professionnelle*, Développements récents en droit de la santé et sécurité au travail (1998), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, pp. 181-206.

GOSSELIN, Andrée. « *L'affaire Cavalier : les agences de location de personnel et la détermination du véritable employeur* », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la santé et sécurité au travail* (1994), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994, pp. 99-118.

GOYETTE, Renée M. « *À la recherche du véritable statut : salarié ou travailleur autonome* », dans *Développements récents en droit du travail*, no 102, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, pp. 19-53.

GOYETTE, Renée M. « *Le travailleur autonome : Une solution à vos problèmes ou une solution à problèmes?* », Forum sur les relations du travail, Ordre des conseillers en ressources humaines et en relations industrielles du Québec, 15 avril 1999, 44 pages.

HALLÉ, Yves et Geneviève Marineau, *Étude comparative sur les normes du travail dans certains États américains aux États-Unis*, Québec, Ministère du travail, 31 mars 2004, 14 tableaux.

HARDIN, P. (éd.). *The Developing Labor Law*, 3ème éd., volume II, Washington, Bureau of national Affairs, 1992; (mise à jour) C. T. HEXTER, J. T.

HOUSEMAN, Susan and Machiko Osawa (ed.), *Nonstandard work in Developed Economies – Causes and Consequences*, Kalamazoo, Mich. : W.E. Upjohn Institute for Employment Research, 2003, 511 pages.

INSEE, *Intérim et CDD, Parcours/Usages/Enjeux*, Paris, Liaisons Sociales, 2001, 194 pages.

JEAMMAUD, Antoine, *Quelles perspectives pour le droit du travail*, non publié, 2000, 24 pages.

LAGACÉ, Chantale et Alexis Robin-Brisebois, *Travail indépendant et rapports collectifs du travail – Étude de six regroupements de travailleurs indépendants*, Groupe de recherche sur les transformations du travail, des âges et des politiques sociales (TRANSPOL), INRS Urbanisation, Culture et Société, janvier 2004, 147 pages.

LAPSALIS, Costa et Pierre Tourigny, *La durée de l'emploi atypique*, in Perspective, Statistique Canada, printemps 2005, no 75-001-XPF, pages 34 à 41.

LEBLANSH, Kees et autres. *Atypical Work in the EU*, Working paper, Social Affair Series, Directorate General for Research, European Parliament, Luxembourg, 2000, 166 pages.

LETOURNEUX, Véronique. *Précarité et conditions de travail dans l'Union Européenne*, Fondation Européenne pour l'amélioration des conditions de vie et de travail, EF/97/42/FR, 8 pages.

LIND, Jens and Iver Hornemann Møller (ed.), *Inclusion and Exclusion : Unemployment and Non-Standard Employment in Europe*, Aldershot, Hants, England : Ashgate, 1999, 230 pages.

LIPPEL, Katherine, Stephanie Bernstein et Karen Messing, « *Travail atypique* » : *Protection légale des conditions minimales d'emploi et de la santé*, CINBIOSE, Université du Québec à Montréal, Rapport de recherche, 31 mars 2004, 56 pages.

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

LIPPEL, Katherine. « *Face aux conséquences de la flexibilisation de l'emploi : les solutions juridiques et leurs limites* », dans J. Bernier, R. Blouin, G. Laflamme, F. Morin et P. Verge (sous la direction de), *L'incessante évolution des formes d'emploi et la redoutable stagnation des lois du travail*, LV^e congrès des relations industrielles de l'Université Laval, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, Sainte-Foy, 2001. 169 pages

MERCURE, Daniel. « *Nouvelles dynamiques d'entreprise et transformation des formes d'emploi : du fordisme à l'impartition flexible* », dans J. Bernier, R. Blouin, G. Laflamme, F. Morin et P. Verge (sous la direction de), *L'incessante évolution des formes d'emploi et la redoutable stagnation des lois du travail*, LV^e congrès des relations industrielles de l'Université Laval, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, Sainte-Foy, 2001. 169 pages, pp. pages 5-20.

MORIN, Fernand et Jean-Yves BRIÈRE, *Le droit de l'emploi au Québec*, 2^e édition, Montréal, Wilson et Lafleur, 2003, 1636 pages.

MOTOMURA, H. « *Employees and Independant Contractors under the National Labor Relations Act* », (1977-78) *Industrial Relations L.J.* 278.

MUHL, Charles J. « What is an employee? The answer depends on the Federal law », *Monthly Labor Review*, vol. 125, no 1, Washington, January 2002, pp. 3-11.

PÉLISSIER, Jean, Alain SUPLOT et Antoine JEAMMAUD. *Droit du Travail*, Précis Dalloz, 21^e édition, Paris, Éditions Dalloz, 2002, 1327 pages.

PERULLI, Adalberto, *Travail économiquement dépendant / parasubordination : les aspects juridiques, sociales et économiques*, Commission européenne, 2003, 110 pages.

PÉRUSSE, Dominique, « Disparités régionales et emplois non permanents », *L'Emploi et le revenu en perspective*, Statistique Canada, n° 75-001-XPF, hiver 1997, p. 44..

PINSONNEAULT, Alain et Martin BOISVERT. « Le télétravail : l'organisation de demain? », *Gestion*, vol. 21, n° 2, juin 1996, p.76.

Rapport de l'Équipe spécialisée en relations de travail. *Les relations du travail au Canada*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1968.

RITTICH, Kerry, *La vulnérabilité au travail : questions de droit et de principe dans la nouvelle économie*, Rapport pour la Commission du droit du Canada, 25 janvier 2004, 76 pages.

ROY, Gilles, *Diagnostic sur le travail autonome-version synthèse*, Direction des affaires publiques de la Société québécoise de développement de la main-d'œuvre, Montréal, 1997, 81 pages

SNYDER, Ronald M. *The 2001 Annotated Canada Labour Code*, Toronto, Carswell, 2001, 979 pages.

STORRIE, Donald. *Temporary agency work in the European Union*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Luxembourg, Office for the Publications of the European Communities, 2002, 110 pages.

SUPIOT, Alain (dir.). *Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Rapport final, Commission européenne, 1999, 100 pages.

SUPIOT, Alain, « *Transformations du travail et devenir du droit du travail : une prospective européenne* », *Revue International du Travail*, vol. 138 (1999), No 1, pages 32 à 48.

SUPIOT, Alain. « *Travail salarié et travail indépendant* », *Rapports du 6ème Congrès européen de droit du travail et de la sécurité sociale*, Société internationale de droit du travail et de la sécurité sociale, Section Polonaise, Varsovie, 1999, pp. 141-176.

TAPIN, Jean-Robert. *Agences de placement temporaire*, Ministère de la Main-d'œuvre, de la Sécurité du revenu et de la Formation professionnelle, 20 octobre 1993, 83 pages.

TAYLOR, Benjamin J. and Fred WITNEY. *Labor Relations Law*, 6ème éd., Prentice-Hall, 1992, 504 pages.

TRUDEAU, Gilles. « L'impact de l'Accord de libre-échange sur les relations du travail au Québec et leur encadrement légal », dans *La libéralisation des échanges Canada-Etats-Unis et les relations industrielles au Québec. Négocier l'avenir*, Montréal, Université de Montréal, Vingtième colloque, Relations industrielles,

VALLÉE, Guylaine, *Pour une meilleure protection des travailleurs vulnérables : des scénarios de politiques publiques*, Collection – Définir la vulnérabilité sur le marché du travail – No/1, Réseau de la main-d'œuvre, Réseau canadien de recherche en politique publiques, mars 2005, 69 pages.

VALLÉE, Guylaine. « *Pluralité des statuts de travail et protection des droits de la personne: quel rôle pour le droit du travail ?* », (1999) 54 *Relations industrielles* 277.

VERGE, Pierre et Guylaine VALLÉE. *Un droit du travail? Essai sur la spécificité du droit du travail*, coll. « Le droit aussi... », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, 221 pages.

VERGE, Pierre. « *L'adaptation du droit du travail à la nouvelle entreprise* », dans J. Bernier, R. Blouin, G. Laflamme, F. Morin et P. Verge (dir.), *L'incessante évolution des formes d'emploi et la redoutable stagnation des lois du travail*, LV^e congrès des relations industrielles de l'Université Laval, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 2001, pp. 21-42.

VERKINDT, Pierre-Yves. « L'application du principe d'égalité de traitement aux travailleurs précaires », (1995) *Droit social* 870.

VOSKO, Leah F., *Contester la norme : la condition féminine et la réglementation internationale du travail précaire*, Commission du droit du Canada, juillet 2004, 157 pages.

VOSKO, Leah F., Nancy Zukewich et Cynthia Cranford, « *Le travail précaire : nouvelle typologie de l'emploi* », Perspective, Hiver 2003, Statistique Canada – nO 75-011-XPF, pages 40 à 51.

VOSKO, Leah F., *Temporay Work – The Gendered Rise of a Precarious Employment Relationship*, University of Toronto Press, 2000, 380 pages.

ZEYTINOGLU, Isik Urla. *Changing Work Relationships in Industrialized Economies, Advances in Organisation Studies*, Amsterdam/Philadelphie, John Benjamin Publishing Company, 1999, 255 pages.

2. Conventions et recommandations de l'Organisation internationale du travail

Convention no 175 sur le travail à temps partiel (1994)

Convention no 177 sur le travail à domicile (1996)

Convention no 181 sur les agences d'emploi privées (1997)

Recommandation no 182 sur le travail à temps partiel (1994)

Recommandation no 184 sur le travail à domicile (1996)

Recommandation no 188 sur les agences d'emploi privées (1997)

3. Document émanant de l'Union européenne

Accord-cadre sur le télétravail, intervenu entre la CES (et le Comité de liaison EUROCADRES/CEC), l'UNICE/UEAPME et le CEEP, le 16 juillet 2002.

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

Commission des Communautés Européennes. *Moderniser l'organisation du travail, une approche positive du changement*, CB-CO-98-708-FR, 7 pages.

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

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

Conseil de l'Union européenne. *Directive du Conseil sur la santé et la sécurité du travail*, 91/383/CEE – JO L n°206/19- 29.7.91.

Conseil de l'Union européenne. *Directive 97/81/CE du Conseil du 15 décembre 1997 concernant l'accord-cadre sur le travail à temps partiel conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES -Annexe : Accord- cadre sur le travail à temps partiel*, Journal officiel n° L 014 du 20/01/1998 p. 0009 – 0014, CONSLEG - 97L0081 - 05/05/1998, 13 pages.

Conseil de l'Union européenne. *Directive 1999/70/CE du Conseil du 28 juin 1999 concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée*, Journal officiel n° L 175 du 10/07/1999 p. 0043 – 0048.

ANNEXES

Annexe A

Tableau 1 : Durée du travail¹²³

	Durée du travail				Temps supplémentaire			Repos				Indemnité de présence
	Normale		Maximale		Droit de refus	Mode de calcul		Repas	Pause	Hebdo	Quot.	
	Jour	Sem.	Jour	Sem.		Indemnité	Temps compensé					
Fédéral	8	40	-	48	Non	150 %	non	Non	Non	24 heures	-	3 heures

Tableau 2 : Congé annuel

	Admissibilité	Durée (semaines)	Indemnité (% du salaire annuel)	Fractionnement possible	Commentaires
Fédéral <i>CCT</i> : 183, 184 <i>RCNT</i> : 13	1 à 6 ans	2	4 %	Non	
	6 ans et plus	3	6 %		

¹²³ Tous ces tableaux (1 à 6) sont tirés de Boisclair, Lise, Pierre Boulet, Pascal-André Dessureault et Yves Hallé, *Une étude comparative de la législation sur les normes minimales du travail au Canada*, Québec, Ministère du travail, juillet 2005, 60 tableaux, lesquels contiennent les données équivalentes pour les provinces et territoires.

Tableau 3 : Jours fériés

	Jours fériés				
	Admissibilité	Nombre	Chômé		Travaillé
			Habituellement travaillé	Habituellement chômé	
Fédéral <i>CCT :</i> 166, 193, 196-198, 201, 202 <i>RCNT :</i> 17, 18	30 jours de service continu et 15 jours de travail dans les 30 derniers jours	9	Salaire quotidien moyen au cours d'une période donnée*	1 jour de congé rémunéré (selon le salaire quotidien moyen période donnée*)	150 % du salaire normal pour les heures travaillées plus Salaire quotidien moyen au cours d'une période donnée*

****Calcul du salaire quotidien moyen :**

Les heures supplémentaires ne sont pas considérées.

Horaire régulier : Salaire normal pour la journée de congé.

Horaire irrégulier (horaire comportant des journées d'une durée variable, au moins 15 des 30 jours précédant le jour férié) : Salaire gagné au cours des 30 derniers jours □20.

Employé dont les conditions de travail en matière d'horaire sont telles qu'il ne peut établir son droit à un salaire pour 15 jours dans les derniers 30 jours : Les heures supplémentaires sont considérées. Salaire gagné au cours des 30 derniers jours □20.

Salarié non admissible travaillant un jour férié :

150 % du taux de salaire normal pour les heures travaillées.

Tableau 4 : Congé de soignant

Fédéral <i>CCT : 206.3, 209.1- 209.21</i>	Conditions d'admissibilité			Durée maximale du congé	Partage de la durée du congé entre soignants	Fractionnement du congé	Membres de la famille pour lesquels un congé peut être pris	Protection de l'ancienneté et des avantages
	Service	Préavis	Certificat médical					
	S/O	S/O	Si l'employeur en fait la demande par écrit, dans les 15 jours qui suivent le retour au travail	8 semaines	Oui	Périodes d'au moins une semaine chacune	Époux, conjoint de fait, enfant (y compris l'enfant de l'époux ou du conjoint de fait), père ou mère (y compris l'époux ou le conjoint de fait du père ou de la mère) qui est gravement malade et dont le risque de décès est important au cours des 26 semaines suivantes.	Ancienneté : Oui Avantages : Oui*

* En vertu du *Code canadien du travail*, les périodes de congé sont prises en compte pour le calcul des prestations de retraite, de maladie et d'invalidité et pour la détermination de l'ancienneté. Pour le calcul des autres avantages, la période d'emploi qui précède et celle qui suit le congé seront réputées être ininterrompues. Un employé en congé a aussi le droit d'être averti des possibilités d'emploi, d'avancement et de formation qui surviennent pendant le congé.

Tableau 5 : Absences et congés pour raisons familiales et parentales

	Admissibilité (service continu)	Congé de maternité		Congé parental			Congés pour obligations familiales Durée (jours)	
		Durée (semaines)	Prolongation (semaines)	Durée (semaines)	Commentaires	Période (semaines)		
Fédéral CCT : 205.1, 206-206.2	26 semaines	17	Oui	37	Le droit au congé ne peut être exercé qu'au cours des 52 semaines qui suivent le jour de la naissance ou le jour où on commence à prendre soin de l'enfant, et lors d'une adoption, le jour où l'enfant est effectivement confié à l'employé.	52	-	-

Tableau 5 : Congés de maladie

	Admissibilité (service continu)	Durée	Retour au travail	
Fédéral CCT : 239(1)-(1.1)	3 mois		Poste habituel	Emploi comparable
		12 semaines* non rémunérées	-	-

Tableau 6 : Congés pour mariage, décès et funérailles

	Type de congé	Admissibilité (service continu)	Durée (jours)	
Fédéral			Payés	Non payés
	Décès : proche parent**	3 mois***	3	0

***Durée du congé de maladie :**

Un employé est protégé pour toute absence qui ne dépasse pas 12 semaines consécutives.

Retour au travail :

L'employeur peut affecter à un poste différent, comportant des conditions d'emploi différentes, l'employé qui, à son retour d'un congé pour maladie ou accident, n'est plus en mesure de remplir les fonctions qu'il occupait auparavant.

N.B. : cette protection n'est pas considérée comme une norme mais elle découle d'une pratique interdite (voir le thème « Les pratiques interdites »).

** Proche parent : époux, épouse, conjoint(e) de fait, père, mère, beaux-parents (incluant le conjoint de fait), enfants, enfants du conjoint, petits-enfants, frères, sœurs, grands-parents ou toute personne qui réside de façon permanente chez l'employé.

*** L'employé ne comptant pas 3 mois de service continu a droit à trois jours de congé non rémunérés.

Annexe B

Irlande: Code de bonne pratique permettant de déterminer si un travailleur est salarié ou indépendant

Salarié

Une personne est normalement considérée comme étant salariée si elle:

- travaille sous l'autorité d'une autre personne qui lui indique comment, quand et où le travail doit être effectué;
- fournit seulement un travail;

– reçoit un salaire horaire/hebdomadaire/mensuel fixe;

– ne peut sous-traiter le travail. Si le travail peut être sous-traité et rémunéré par la personne qui sous-traite, la relation employeur/salarié est simplement déplacée;

– ne fournit pas de matières premières pour l'exécution du travail ;

– ne fournit pas de matériel autre que de petits outils professionnels. La fourniture d'outils ou de matériel ne revêt pas nécessairement une grande importance lorsqu'il s'agit de déterminer le statut de l'intéressé, compte tenu de tous les éléments du cas;

– n'est pas exposée à un risque financier associé à l'exécution du travail;

– n'assume pas de responsabilités d'investissement ou de direction;

– n'a pas la possibilité de tirer profit d'une bonne gestion concernant le calendrier des engagements ou l'exécution de tâches résultant de ces engagements;

– travaille un nombre d'heures fixe ou un nombre donné d'heures par semaine ou par mois;

– travaille pour une seule personne ou pour un seul établissement;

– est défrayée de ses dépenses de subsistance ou de voyage;

– a droit à une rémunération complémentaire ou à des congés au titre des heures supplémentaires.

Indépendant

Une personne est normalement considérée comme étant un travailleur indépendant si elle:

– possède sa propre affaire;

– est exposée à un risque financier du fait qu'elle doit supporter le coût d'un travail défectueux ou inférieur aux normes effectué au titre du contrat;

– assume la responsabilité des investissements et de la direction de l'entreprise;

– a la possibilité de tirer profit d'une bonne gestion concernant l'établissement du calendrier et l'exécution des tâches et engagements;

– décide qui fait le travail, où, quand et comment;

– est libre de recruter d'autres personnes, à des conditions fixées par elle, pour effectuer le travail convenu;

– peut fournir les mêmes services à plus d'une personne ou plus d'un établissement en même temps;

– fournit les matières premières nécessaires;

– fournit le matériel et les machines nécessaires, autres que les petits outils ou équipements professionnels, ce qui, dans un contexte général, ne saurait indiquer que la personne en question travaille à son compte;

– possède un lieu de travail fixe où les matières premières, le matériel, etc.

peuvent être entreposés;

– fixe les coûts et convient d'un prix pour le travail;

– souscrit sa propre assurance;

– détermine les heures de travail correspondant à l'exécution du travail convenu.

Source: Programme for Prosperity and Fairness, Employment Status Group: *Code of practice for determining employment or self-employment status of individuals* (Dublin, juillet 2001).

Extrait de : O.I.T. Rapport V(1), LA RELATION DE TRAVAIL, 87 pages, à la page 35.

Annexe C

Dispositions les plus pertinentes des principales Conventions et Recommandations de l'O.I.T.

Instrument	Dispositions principales
Convention sur le travail à temps partiel , 1994 (C 175)	Droits fondamentaux à garantir une égalité de traitement entre les travailleurs à temps partiel et les travailleurs à plein temps se trouvant dans une situation comparable a) le droit d'organisation, le droit de négociation collective et celui d'agir en qualité de représentants des travailleurs; b) la sécurité et la santé au travail; c) la discrimination dans l'emploi et la profession
	Salaire que les travailleurs à temps partiel ne perçoivent pas, au seul motif qu'ils travaillent à temps partiel, un salaire de base qui, calculé proportionnellement (...), soit inférieur au salaire de base (...) des travailleurs à plein temps se trouvant dans une situation comparable
	Sécurité sociale sur la base de la règle du <i>pro rata temporis</i> , stipule que les régimes légaux de sécurité sociale « doivent être adaptés de manière à ce que les travailleurs à temps partiel bénéficient de conditions équivalentes à celles des travailleurs à plein temps se trouvant dans une situation comparable ».
	Congés et de protection de l'emploi Conditions équivalentes à celles des travailleurs à plein temps se trouvant dans une situation comparable dans les domaines de « a) la protection de la maternité; b) la cessation de la relation de travail; c) le congé annuel payé et les jours fériés payés; d) le congé de maladie, toujours en proportion de la durée du travail ou des gains
	Accès à l'emploi Faciliter l'accès au travail à temps partiel productif et librement choisi (<i>Article 9</i>) et pour assurer que « le transfert d'un travail à plein temps à un travail à temps partiel ou vice versa, soit volontaire »
Recommandation concernant le travail à temps partiel (R 182), 1994	Changement de statut d'emploi ne peut se faire que dans le respect de la volonté du travailleur concerné

Convention sur le travail à domicile, 1996 (C 177)	Objectif central poursuivi par l'instrument est de promouvoir l'égalité de traitement entre cette catégorie de travailleurs et les autres travailleurs salariés tout en tenant compte des conditions particulières du travail à domicile ainsi que, lorsque cela est approprié, des conditions applicables à un type de travail identique ou similaire effectué en entreprise Cette égalité de traitement dont il est question vise particulièrement les domaines suivants : « a) le droit des travailleurs à domicile de constituer ou de s'affilier à des organisations de leur choix et de participer à leurs activités; b) la protection contre la discrimination dans l'emploi et la profession; c) la protection en matière de sécurité et de santé au travail; d) la rémunération; e) la protection par des régimes légaux de sécurité sociale; f) l'accès à la formation; g) l'âge minimum d'admission à l'emploi ou au travail; h) la protection de la maternité ». <i>(Article 4)</i> La Convention précise en plus que « la législation nationale en matière de sécurité et de santé au travail doit s'appliquer au travail à domicile en tenant compte de ses caractéristiques propres et doit déterminer les conditions dans lesquelles certains types de travaux et l'utilisation de certaines substances peuvent, pour des raisons de sécurité et de santé, faire l'objet d'une interdiction aux fins du travail à domicile ». <i>(Article 7)</i>
Recommandation sur le travail domicile (R 184 1996)	Contient une multitude de détails sur la façon dont les États pourraient atteindre cet objectif d'égalité de traitement allant des informations que les gouvernements devraient recueillir, tenir à jour et rendre publiques jusqu'au contrôle du travail à domicile en passant par la rémunération, la santé et la sécurité au travail de même que la durée du travail, les congés et les vacances, la sécurité sociale, la protection de la maternité et la protection en cas de cessation d'emploi sans oublier le droit d'organisation et de négociation collective

Convention concernant les agences d'emploi privées , 1997 (C 181) révise la convention sur les bureaux de placement payants (révisée), 1949, et la convention sur les bureaux de placement payants, 1933	Inclusion les <i>agences de travail temporaire ou intérimaire</i> , constituent, au sens de cette convention, une <i>agence d'emploi privée</i> . En effet, la définition d' <i>agence d'emploi privée</i> couvre spécifiquement ce type d'activité, à savoir : « b) des services consistant à employer des travailleurs dans le but de les mettre à la disposition d'une tierce personne physique ou morale (ci-après désignée comme « l'entreprise utilisatrice ») qui fixe leurs tâches et en supervise l'exécution »
	Encadrement des activités de ces agences la protection des données personnelles, le statut juridique des agences d'emploi privées, les conditions d'exercice par les agences d'emploi privées de leurs activités, le droit à la liberté syndicale et à la négociation collective, l'absence de discrimination fondée sur la race, la couleur, le sexe, la religion, l'opinion politique, l'ascendance nationale, l'origine sociale ou toute autre forme de discrimination visée par la législation et la pratique nationales, telle que l'âge ou le handicap
	Honoraires et frais interdit de « mettre à la charge des travailleurs, de manière directe ou indirecte, en totalité ou en partie, ni honoraires ni autres frais ».
	L'employeur véritable Un État membre se doit de déterminer et répartir les responsabilités respectives des agences d'emploi privées fournissant une main-d'œuvre temporaire et des entreprises utilisatrices dans certains domaines qu'elle énumère : « a) négociation collective; b) salaires minima; c) horaires, durée du travail et autres conditions de travail; d) prestations légales de sécurité sociale; e) accès à la formation; f) protection dans le domaine de la sécurité et de la santé au travail; g) réparation en cas d'accident du travail ou de maladie professionnelle; h) indemnisation en cas d'insolvabilité et protection des créances des travailleurs; i) protection et prestations de maternité, protection et prestations parentales
Recommandation sur les agences d'emploi privées (R 188), 1997	Accès à des emplois réguliers dans l'entreprise utilisatrice ainsi que sur la mobilité des travailleurs employés par des agences de travail temporaire. À cet égard, la Recommandation prévoit qu'à la fin d'un contrat, l'agence d'emploi ne devrait pas « a) empêcher l'entreprise utilisatrice de recruter le salarié mis à sa disposition; b) limiter la mobilité professionnelle du salarié; c) infliger des sanctions à un salarié qui accepte de travailler pour une autre entreprise ».

Annexe D

Dispositions les plus pertinentes des principales Directives de l'U.E. et autres instruments au niveau européen

Instrument	Dispositions principales
Conseil de l'Union européenne. <i>Directive du Conseil sur la santé et la sécurité du travail</i> , 91/383/CEE – JO L n°206/19- 29.7.91.	Champ d'application : Vise les relations de travail régies par un contrat de travail à durée déterminée (conclu directement entre l'employeur et le travailleur) ainsi que les relations de travail intérimaires entre une entreprise de travail intérimaire (l'employeur) et le travailleur. travailleurs concernés doivent bénéficier en matière de sécurité et de santé au travail du même niveau de protection que les autres travailleurs de l'entreprise.
	Égalité de traitement Une relation de travail à durée déterminée conclue directement avec un employeur ou avec une agence de travail intérimaire ne justifie pas une différence de traitement en ce qui concerne les relations de travail, dans la mesure où il s'agit de la protection de la sécurité et de la santé au travail, notamment quant à l'accès aux équipements de protection individuelle.
	Travaux nécessitant un suivi médical La Directive aborde aussi les questions relatives à l'information et à la formation qui doivent être données aux travailleurs concernés de même que de l'interdiction de faire appel à des travailleurs temporaires pour les travaux pour lesquels un titulaire doit ensuite faire l'objet d'une surveillance médicale spéciale sur une longue durée
	Travaux particulièrement dangereux En cas d'exception, la surveillance médicale va au-delà de l'expiration du contrat de travail temporaire. De plus, l'instrument prévoit que les États membres peuvent interdire qu'il soit fait appel à des travailleurs sous contrat à durée déterminée ou temporaires pour certains travaux particulièrement dangereux, et notamment pour certains travaux faisant l'objet d'une surveillance médicale spéciale
	Responsabilité de l'entreprise utilisatrice La Directive spécifie aussi que, dans le cas du travail intérimaire, l'entreprise utilisatrice est responsable des conditions d'exécution du travail liées à la sécurité, la santé et l'hygiène pendant la durée de la mission, sans préjudice de la responsabilité de l'entreprise de travail intérimaire.

Conseil de l'Union européenne. <i>Directive 97/81/CE du Conseil du 15 décembre 1997 concernant l'accord-cadre sur le travail à temps partiel</i> conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES -Annexe : Accord- cadre sur le travail à temps partiel, Journal officiel n° L 014 du 20/01/1998 p. 0009 – 0014, CONSLEG - 97L0081 - 05/05/1998, 13 pages.	Objet de l'accord : « a) d'assurer la suppression des discriminations à l'égard des travailleurs à temps partiel et d'améliorer la qualité du travail à temps partiel; b) de faciliter le développement du travail à temps partiel sur une base volontaire et de contribuer à l'organisation flexible du temps de travail d'une manière qui tienne compte des besoins des employeurs et des travailleurs ». <i>(Clause 1)</i>
	Égalité de traitement « 1. Pour ce qui concerne les conditions d'emploi, les travailleurs à temps partiel ne sont pas traités d'une manière moins favorable que les travailleurs à temps plein comparables au seul motif qu'ils travaillent à temps partiel, à moins qu'un traitement différent soit justifié par des raisons objectives. 2. Lorsque c'est approprié, le principe du <i>pro rata temporis</i> s'applique ». <i>(Article 4)</i>
	Accès au temps partiel On notera que, si l'accord prévoit que l'accès au temps partiel doit être facilité aux travailleurs qui désirent s'en prévaloir, il stipule également qu'on ne saurait imposer à un travailleur, contre sa volonté, un changement de statut d'emploi de travailleur à temps complet vers un statut de travailleur à temps partiel ou vice-versa.
	Changement de statut d'emploi Le refus du travailleur, en pareil cas, ne saurait constituer un motif valable de licenciement. <i>(Clause 5)</i>

Conseil de l'Union européenne. <i>Directive 1999/70/CE du Conseil du 28 juin 1999 concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée</i>, Journal officiel n° L 175 du 10/07/1999 p. 0043 – 0048.	Objet « a) d'améliorer la qualité du travail à durée déterminée en assurant le respect du principe de non-discrimination; b) d'établir un cadre pour prévenir les abus résultant de l'utilisation de contrats ou de relations de travail à durée déterminée successifs ».
	Principe de non discrimination « les travailleurs à durée déterminée ne sont pas traités d'une manière moins favorable que les travailleurs à durée indéterminée⁷⁰⁹ comparables au seul motif qu'ils travaillent à durée déterminée, à moins qu'un traitement différent soit justifié par des raisons objectives ». <i>(Clause 4)</i>
	Encadrement de l'utilisation des CDD Les États membres s'engagent à introduire, après consultation des partenaires sociaux, conformément à la législation, aux conventions collectives et pratiques nationales, une ou plusieurs des mesures suivantes : « (1) Mesures visant à prévenir l'utilisation abusive <i>(clause 5)</i>(...) » a) des raisons objectives justifiant le renouvellement de tels contrats ou relations de travail; b) la durée maximale totale de contrats ou relations de travail à durée déterminée successifs; c) le nombre de renouvellements de tels contrats ou relations de travail. (2) Les États membres, après consultation des partenaires sociaux et/ou les partenaires sociaux, lorsque c'est approprié, déterminent sous quelles conditions les contrats ou relations de travail à durée déterminée : a) sont considérés comme « successifs »; b) sont réputés conclus pour une durée indéterminée ».
	Accès à des emplois permanents Les employeurs doivent informer, d'une manière appropriée, « les travailleurs à durée déterminée des postes vacants dans l'entreprise ou l'établissement pour leur assurer la même opportunité qu'aux autres travailleurs d'obtenir des postes permanents ».
	Accès à la formation Ils devraient aussi, « autant que possible, faciliter l'accès des travailleurs à durée déterminée à des opportunités de formation appropriées afin d'améliorer leurs compétences professionnelles, le développement de leur carrière et leur mobilité professionnelle ». <i>(Clause 6)</i>

Commission des Communautés Européenne. <i>Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil relative aux conditions de travail des travailleurs intérimaires</i> (présentée par la Commission), Bruxelles, le 20.3.2002, COM(2002) 149 final, 2002/0072 (COD). (Adopté par le Commission européenne mais non encore par le Parlement)	Objet 1. d'améliorer la qualité du travail intérimaire en assurant le respect du principe de non-discrimination à l'égard des travailleurs intérimaires; 2. d'établir un cadre approprié d'utilisation du travail intérimaire pour contribuer à un bon fonctionnement du marché du travail et à l'emploi ». (<i>Article 2</i>)
	Employeur véritable « La présente directive s'applique au contrat de travail ou à la relation de travail entre, d'une part, une entreprise de travail intérimaire qui est l'employeur et, d'autre part, le travailleur, ce dernier étant mis à disposition afin de travailler pour une entreprise utilisatrice et sous son contrôle ».7 (<i>Article premier</i>)
	Égalité de traitement « Les travailleurs intérimaires sont traités, pendant la durée de leur mission, d'une manière au moins aussi favorable qu'un travailleur comparable⁷¹⁶ de l'entreprise utilisatrice, pour ce qui concerne les conditions essentielles de travail et d'emploi, y compris celles qui sont soumises à une ancienneté particulière dans l'emploi, à moins qu'un traitement différent soit justifié par des raisons objectives ». (<i>Article 5, paragr. 1</i>)
	Possibilité de dérogation Les États membres peuvent déroger à ce principe lorsque les travailleurs intérimaires, liés à l'entreprise de travail intérimaire par un contrat à durée indéterminée, continuent à être rémunérés dans l'intervalle de temps entre l'exécution de deux missions. (<i>paragr. 2</i>) Enfin, la Directive fait place à une possibilité de dérogation au principe de non discrimination par voie de convention collective « à condition qu'un niveau de protection adéquat soit assuré aux travailleurs intérimaires ».
	Accès à des postes permanents La proposition a également comme objectif de faciliter aux travailleurs intérimaires l'accès à des postes permanents dans les entreprises utilisatrices où ils exercent leur mission. À cette fin, non seulement les travailleurs concernés doivent-ils être informés des postes vacants disponibles mais il est même interdit d'introduire dans les contrats intervenant entre l'agence et l'entreprise utilisatrice des clauses ayant pour effet d'empêcher le travailleur intérimaire d'accéder à un emploi permanent.

Accord-cadre sur le télétravail, intervenu entre la CES (et le Comité de liaison EUROCADRES/CEC), l'UNICE/UEAPME et le CEEP, le 16 juillet 2002.	Définition « Le télétravail est une forme d'organisation et/ou de réalisation du travail, utilisant les technologies de l'information, dans le cadre d'un contrat ou d'une relation d'emploi, dans laquelle un travail, qui aurait également pu être réalisé dans les locaux de l'employeur, est effectué hors de ces locaux de façon régulière ». <i>(Article 2)</i>
	Caractère volontaire du télétravail. « Le télétravail est volontaire pour le travailleur et l'employeur concernés. Le télétravail peut faire partie du descriptif initial du poste du travailleur ou on peut s'y engager volontairement par la suite. (...) Si le télétravail ne fait (pas) partie du descriptif initial du poste, et si l'employeur fait une offre de télétravail, le travailleur peut accepter ou refuser cette offre. Si un travailleur exprime le désir d'opter pour un télétravail, l'employeur peut accepter ou refuser cette demande
	Statut d'emploi inchangé Le passage au télétravail, en tant que tel, parce qu'il modifie uniquement la manière dont le travail est effectué, n'affecte pas le statut d'emploi du télétravailleur. Le refus d'un travailleur d'opter pour un télétravail n'est pas, en soi, un motif de résiliation de la relation d'emploi ni de modification des conditions d'emploi de ce travailleur. Si le télétravail ne fait pas partie du descriptif initial du poste, la décision de passer au télétravail est réversible par accord individuel et/ou collectif. La réversibilité peut impliquer un retour au travail dans les locaux de l'employeur à la demande du travailleur ou à celle de l'employeur. Les modalités de cette réversibilité sont établies par accord individuel et/ou collectif ». <i>(Article 3)</i>
	Égalité de traitement De plus, l'accord précise qu'en « ce qui concerne les conditions d'emploi, les télétravailleurs bénéficient des mêmes droits, garantis par la législation et les conventions collectives applicables, que les travailleurs comparables dans les locaux de l'entreprise. <i>(Article 4)</i>
	Protection des données L'accord contient également des dispositions sur la protection des données utilisées par le télétravailleur; sur le respect de la vie privée du télétravailleur; sur la fourniture, l'installation et l'entretien des équipements selon que ceux-ci sont fournis par l'employeur ou que le télétravailleur utilise son propre équipement

	Employeur responsable de SST L'accord-cadre précise aussi que l'employeur est responsable de la protection de la santé et de la sécurité professionnelles du télétravailleur. L'employeur a l'obligation d'informer le télétravailleur de la politique de l'entreprise en matière de santé et de sécurité au travail, en particulier des exigences relatives aux écrans de visualisation.
	Obligation du travailleur en SST Le télétravailleur doit appliquer correctement ces politiques de sécurité. Des mesures de vérification sont prévues
	Organisation du travail L'accord reconnaît au télétravailleur le droit de gérer son temps de travail. Toutefois, la charge de travail et les critères de résultats doivent être équivalents à ceux de travailleurs comparables dans les locaux de l'employeur
	Prévention de l'isolement De plus, « l'employeur s'assure que des mesures sont prises pour prévenir l'isolement du télétravailleur par rapport aux autres travailleurs de l'entreprise, telles que lui donner la possibilité de rencontrer régulièrement ses collègues et d'avoir accès aux informations de l'entreprise ». <i>(Article 9)</i>
	Accès à la formation De même, les télétravailleurs doivent avoir « le même accès à la formation et aux possibilités de carrière que des travailleurs comparables qui travaillent dans les locaux de l'employeur et sont soumis aux mêmes politiques d'évaluation que ces autres travailleurs ». <i>(Article 10)</i>
	Droits collectifs Les télétravailleurs ont les mêmes droits collectifs que les travailleurs dans les locaux de l'entreprise. Il ne doit pas y avoir obstacle à la communication avec les représentants des travailleurs

