

## Les Cahiers de droit

# La détermination du statut de salarié

Gilles Touchette et Guy Wells



Volume 8, numéro 3, 1966–1967

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1004314ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1004314ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Touchette, G. & Wells, G. (1966). La détermination du statut de salarié. *Les Cahiers de droit*, 8(3), 309–328. <https://doi.org/10.7202/1004314ar>

Tous droits réservés © Université Laval, 1966

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter en ligne.

<https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/>

**é**rudit

Cet article est diffusé et préservé par Érudit.

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche.

<https://www.erudit.org/fr/>

# La détermination du statut de salarié\*

GILLES TOUCHETTE,

GUY WELLS

Étudiants en 3<sup>e</sup> année

	Page
<b>Introduction</b> .....	310
<b>Chapitre I : Les critères de la détermination du statut de « salarié » selon les auteurs</b> .....	312
<b>Section I : Le contrat de travail :</b> .....	312
Para. I : Les critères découlant de l'objet du contrat de travail .....	314
Para. II : Les critères découlant de la situation des parties au contrat de travail .....	316
<b>Section II : La relation de travail</b> .....	319
Para. I : Première étape : caractère civiliste de la « Relation de travail » .....	320
Para. II : Deuxième étape : caractère social de la « Relation de travail » .....	320
<b>Chapitre II : Les critères de la détermination du statut de « salarié » selon la jurisprudence</b> .....	322
<b>Section I : Énoncé des critères</b> .....	322
<b>Section II : Appréciation des critères</b> .....	325
<b>Conclusion</b> .....	328

---

(\*) Travail remis par les auteurs dans le cadre du Cours de Droit du Travail, à la faculté de Droit de l'université Laval.

### Introduction

Les auteurs hésitent à donner une définition du Droit du travail car, disent-ils, cette branche du Droit a un caractère dynamique, et il convient plutôt « d'en avoir une notion fonctionnelle sinon opératoire, rendant compte d'une action ou même d'une pratique » (1). Cependant, certains auteurs consentent à nous en donner une définition dite descriptive : « Le Droit du travail se préoccupe principalement de régler les rapports entre les employeurs et les travailleurs salariés de toutes les professions. » (2)

Après la révolution industrielle du milieu du XIX<sup>e</sup> siècle, le mouvement syndical prit de plus en plus de vigueur dans le monde occidental et les employeurs ont essayé, par tous les moyens possibles, de freiner cette prise de conscience de la force du travail. Un des moyens employés fut de tenter de limiter le plus possible le nombre de travailleurs auxquels les lois syndicales pouvaient s'appliquer; pour ce faire, on contestait le titre de salarié ou d'employé à un travailleur en le faisant passer pour un entrepreneur, un mandataire ou même quelquefois, un associé.

C'est pourquoi il est important de bien savoir ce que veut dire le législateur lorsqu'il emploie le terme général « salarié ». De quelle catégorie de travailleurs s'agit-il ? C'est là toute la question, d'autant plus que le texte du Code du travail ne nous éclaire pas beaucoup.

En effet, l'article 1(m) du Code définit le salarié comme « une personne qui travaille pour un employeur moyennant rémunération » (3). L'ancienne définition contenue dans la Loi des relations, stipulait que :

« Salarié signifie : tout apprenti, manœuvre ou ouvrier non spécialisé, ouvrier qualifié ou compagnon, artisan, commis ou employé qui travaille individuellement, en équipe ou en société; cependant, ce mot ne comprend pas... » (4)

Cette formulation de notre ancienne loi représente d'ailleurs une similarité frappante avec les descriptions employées par les législations des autres provinces. La formule-type pour toutes celles-ci sauf l'Ontario, se lit habituellement ainsi :

---

(1) Camerlynck et Lyon-Caen, *Précis de Droit du Travail*, Dalloz, 1965, page 3.

(2) Brun et Galland, *Droit du Travail*, SIREY, 1958, page 9.

(3) 1964, S.R.Q., chapitre 141, article 1(m).

(4) 1941, S.R.Q., chapitre 162a, article 2a.

"Employee means a person employed by an employer to do skilled or unskilled, manual, clerical or technical work but does not include..."<sup>(5)</sup>

D'autre part, la législation ontarienne procède également de façon descriptive mais préfère toutefois employer une formule négative disant en quelque sorte « nulle personne ne sera présumée être un salarié . . . »<sup>(6)</sup>

On peut se rendre compte des imbroglios que pouvait causer notre ancienne formulation qui d'ailleurs existe encore dans les autres législations canadiennes. Le Code du travail a adapté une formulation à la fois plus simple et plus conforme à l'esprit des pays de droit écrit, en procédant à partir d'une définition tenant lieu en quelque sorte de principe général. Cette méthode, tout en assurant plus de simplicité et répondant « grosso modo » aux exigences du Droit du travail, peut cependant entraîner de graves complications lorsqu'elle n'est employée que partiellement, ou lorsque le principe que l'on veut poser à la base n'est pas suffisamment défini pour nous permettre une application facile aux situations de faits. C'est, selon nous, exactement la situation à laquelle nous faisons face en voulant définir le salarié.

En effet, quels sont les critères que l'on peut retirer d'une analyse exégétique de cet article ? Selon nous, le législateur n'a précisé que deux critères : d'abord à partir des termes « personne qui travaille pour un employeur », on peut retracer le critère « prestation de travail » ; en second lieu, à partir de l'expression « moyennant rémunération », on ne peut que tirer le critère de la contre-prestation de l'employeur. Ce sont là les deux seuls critères qui ressortent clairement d'une étude de l'article 1 (m) du Code du travail. Pourtant, de façon pratique, nul ne contestera que ces deux critères sont nettement insuffisants pour qualifier et déterminer équitablement le statut de salarié. En effet, l'usage de ces seuls critères qualifierait tout travailleur à recevoir le titre de « salarié » et à bénéficier indûment pour plusieurs de la protection de la législation ouvrière. En réaction devant cette faiblesse, les juges ont dû s'attacher à rechercher d'autres critères plus explicites.

Est-il cependant possible de trouver des éléments à même la définition ? On pourrait penser que l'emploi de l'expression « pour un employeur » impliquerait indirectement un lien de subordination entre l'employeur et le salarié, qui pourrait servir de troisième critère. Toute-

(5) Labour Relations Act., 1960, R.S.B.C., chapter 205, sc. 2.  
Labour Relations Act., 1954, R.C.M., chapter 132, sc. 2i.  
Labour Relations Act., 1959, R.S.N.B., chapter 56, sc. 2i.  
Labour Relations Act., 1952, R.S.N., chapter 258, sc. 2i.  
Labour Relations Act., 1954, R.S.N.S., chapter 295, sc. 1j.

(6) Labour Relations Act., 1960, R.S.O., chapter 202, sc. 1e.

fois, il est impossible de se servir de cette expression car un travailleur s'engage pour un employeur tant pour le contrat d'entreprise que pour le simple contrat de travail. Or, le contrat d'entreprise ne permet pas de qualifier un travailleur de « salarié » et en conséquence, ne lui permet pas de bénéficier de la protection du législateur dans le domaine des relations de travail. De plus, pour se servir à bon escient de ce critère (lien de subordination), il faudrait savoir comment le législateur a défini le terme « employeur ». Or, à l'article 1(e) du Code du travail, on définit l'employeur comme « quiconque, y compris Sa Majesté, fait exécuter un travail par un salarié ». On définit donc l'un par l'autre les termes « employeur » et « salarié », ce qui ne nous permet pas d'utiliser le critère du lien de subordination en se basant uniquement sur l'étude des textes du Code.

La définition qui nous est fournie par le législateur ne suffit pas à déterminer le statut juridique du « salarié »; et les tribunaux l'ont constaté à plusieurs reprises. C'est pourquoi, pour déterminer le statut juridique du « salarié », il nous faudra non seulement considérer la jurisprudence, mais nous devons auparavant étudier les diverses opinions émises par les spécialistes du Droit du travail, afin de voir si les solutions adoptées par la jurisprudence sont adéquates et s'il n'y aurait pas possibilité de trouver de nouvelles solutions qui tiendraient compte de l'évolution rapide des législations sociales et plus particulièrement ouvrières.

## Chapitre I

### Les critères de la détermination du statut de « salarié » selon les auteurs

#### Section I : *Le contrat de travail*

Le problème auquel nous nous heurtons est de trouver les critères de la détermination du statut de « salarié ». Or, la seule étude de ce terme, tel que désigné par le Code du travail, ne nous permet pas de trouver des critères valables. En effet, on retrouve dans notre législation mention des termes « salariés », « ouvriers » et autres, mais sans donner les différences essentielles entre eux. Toutefois, tel que mentionné par Rivero et Savatier, « ces expressions s'appliquent en principe uniquement aux liés à un employeur par un contrat de louage de services ou de travail »<sup>(7)</sup>. C'est pourquoi nous devons considérer le contrat de travail

(7) Rivero et Savatier, *Droit du Travail*, P.U.F., 1956, page 241.

comme un des principaux critères de la détermination du statut de salarié. comme nous l'ont si bien dit les auteurs Camerlynck et Lyon-Caen :

« Dans le système libéral issu des principes mêmes de la révolution française, et consacré par le Code civil, le contrat de louage de services constitue la source normale et quasi-exclusive d'acquisition et de détermination du statut de salarié. »<sup>(8)</sup>

Ce fut donc sur le contrat de travail que reposèrent toute l'organisation des rapports juridiques entre employeurs et salariés et tout le système doctrinal du Droit de travail quant à la détermination du statut de salarié.

Évidemment, cette notion de contrat de travail, source de qualification du statut du salarié, n'est pas nouvelle et elle a été appelée à subir de nombreuses modifications auxquelles le droit du travail, sans cesse en évolution, se prête bien. Nous verrons d'ailleurs dans notre seconde section la théorie allemande de la relation de travail. Il est toutefois impossible de nier au contrat de travail le rôle important qu'il continue à jouer dans l'interprétation du terme « salarié ». Les rapports entre les employeurs et les employés peuvent être en effet envisagés sur une base collective ou sur une base individuelle. Au XVIII<sup>e</sup> siècle et au début du XIX<sup>e</sup> siècle, les rapports entre l'employeur et le salarié étaient soumis exclusivement aux règles du contrat de louage de services et par conséquent étaient régis par le droit civil qui reconnaissait une stricte égalité juridique entre l'employeur et l'employé : ceci était d'ailleurs peu réaliste si on considère la révolution industrielle du milieu du XIX<sup>e</sup> siècle. A ce moment, le mouvement syndical prit de l'ampleur et on en vint à réglementer les rapports entre l'employeur et les employés d'une façon globale, c'est-à-dire que l'employeur devait négocier les conditions de travail avec l'ensemble des employés représentés par leur syndicat. Toutefois, malgré cette évolution, il n'en demeure pas moins que les caractères généraux du contrat de travail soient demeurés valables. En effet, tels que soulignés par Camerlynck et Lyon-Caen : « sur le plan de la technique juridique, le contrat de travail demeure, sauf quelques distorsions mineures, le mode normal d'acquisition de la qualité de salarié, permettant de déterminer par lui-même le champ d'application de la législation du travail »<sup>(9)</sup>.

Ce sera donc à partir des éléments constitutifs du contrat de travail que l'on va s'efforcer de trouver des critères valables pour la qualification et la détermination du « salarié ». Ces éléments constitutifs le législateur n'a malheureusement pas cru bon de les dégager clairement de

(8) *Op. cit.*, page 83.

(9) *Op. cit.*, p. 84.

sorte que nous allons devoir nous reporter à la doctrine pour découvrir les éléments essentiels du contrat de travail à partir de la définition que l'on en donne.

Sur ce point, tous les auteurs s'entendent pour dire que le contrat de travail est « la convention par laquelle une personne s'engage à mettre son activité (professionnelle) à la disposition d'une autre, sous la subordination de laquelle elle se place, moyennant une rémunération »<sup>(10)</sup>. De cette définition, il est possible de dégager trois éléments caractéristiques du contrat de travail : l'élément prestation de travail, l'élément salaire et l'élément subordination. Ces éléments vont former la structure de tous les contrats de travail et de ce fait vont nous servir en même temps de critères pour déterminer et qualifier le sujet du contrat de travail : le salarié.

Tous les auteurs s'entendent pour reconnaître qu'on tire les deux premiers critères de l'objet du contrat de travail, tandis que l'on n'a pas réussi à cerner exactement le contenu et les modalités de l'élément subordination qui découle de la situation des parties.

#### **Para. I : Les critères découlant de l'objet du contrat de travail**

##### **a) La prestation de travail**

L'élément prestation de travail n'est pas exclusif au contrat de travail, de sorte qu'il est nécessaire de préciser les traits caractéristiques du travail du salarié : « la prestation de travail fournie par le salarié doit répondre à trois conditions » :

- il faut qu'elle soit exécutée par le contractant lui-même;
- elle doit être librement consentie et non forcée;

— il est nécessaire qu'elle s'exerce dans un cadre autre que celui de la fonction publique<sup>(11)</sup>. » Toutefois, la base de notre travail portant sur le droit québécois, il ne nous est pas possible de transposer la troisième condition de ces auteurs dans notre analyse doctrinale. Cela serait faire totalement abstraction de la Loi de la Fonction publique, qui est contraire à cette condition, et à la définition de l'art. 1 (m) du Code.

De fait, les deux premières conditions suffisent à nous aider à qualifier, du moins partiellement, le statut de salarié. Lorsqu'il s'agit de procéder à une telle qualification, le premier obstacle auquel nous nous heurtons est constitué par la distinction entre le contrat d'entreprise et le contrat de travail proprement dit. Or, il est essentiel d'établir cette

(10) *Ibid.*, p. 87.

(11) *Ibidem*, p. 195.

distinction car d'une part, l'entrepreneur ne sera pas assujéti à la législation du travail tandis que d'autre part, le salarié pourra de plein droit bénéficier de toute la protection que la législation ouvrière lui accorde. Le critère que nous possédons ici est le travail personnel du prestataire; c'est-à-dire que s'il faisait son propre travail, nous serions en présence d'un contrat de travail donc d'un salarié, tandis que s'il faisait le travail d'autrui, il s'agirait alors d'un entrepreneur donc d'un non-salarié, du moins au sus de la législation du travail. Quant à la contrainte, qu'il nous suffise de mentionner que l'essence même d'une relation contractuelle est incompatible avec la contrainte de sorte qu'il ne saurait y avoir une prestation de travail valable en la présence de contrainte.

Suivant cet élément, nous pourrions affirmer que la tâche que s'engage à fournir ainsi le salarié peut revêtir les formes les plus diverses, être physique, intellectuelle ou même artistique, émaner d'un manœuvre, d'un comptable ou d'un ingénieur, d'un professeur, d'un médecin parfois ou d'une vedette de cinéma<sup>(12)</sup>.

#### b) La rémunération

C'est ce qu'on appelle généralement le salaire ou encore la rémunération du travail accompli. Rouast et Durand en parlent au sens strict comme étant « le prix que l'employeur s'engage à remettre à l'employé ou à l'ouvrier en contre-partie du travail que celui-ci effectuera »<sup>(13)</sup>. Toutefois, les modalités que peut prendre cette rémunération sont très variables, la plupart concernant cependant le mode du calcul du salaire qui pourra se fonder sur le temps du travail ou encore sur le rendement du travail. De plus, au salaire s'ajouteront quelquefois des éléments étrangers en partie, du genre des primes, indemnités, gratifications, participations aux résultats de l'entreprise ainsi que pourboires.

Toutefois, de quelque forme que soit ce salaire, il est absolument nécessaire qu'à un contrat de louage de services impliquant une prestation de travail volontaire vienne se joindre un salaire. La Cour de Cassation mentionne d'ailleurs clairement que « attendu que le contrat de louage de services est un contrat à titre onéreux, une rémunération doit avoir été convenue expressément ou tacitement »<sup>(14)</sup>.

C'est donc là le grand élément essentiel du contrat de travail et par le fait même, le second critère qui va nous permettre de qualifier et de déterminer le statut du salarié. L'utilisation pratique de ce critère sera d'ailleurs démontrée dans la seconde partie de ce travail.

(12) *Ibidem*, p. 87.

(13) Rouast et Durand, *Précis de Droit du Travail*, DALLOZ, 1963, n° 333.

(14) Cassation, 3 août 1942, D.A., 1943, S.I.



**Para. II : Les critères découlant de la situation des parties au contrat**

Même si nous sommes ici encore au stade de l'analyse doctrinale, il faut ici mentionner que, contrairement aux critères « prestation de travail » et « rémunération », celui que nous allons étudier dans ce paragraphe n'est pas contenu directement dans le texte de l'art. 1 (m) du Code du travail qui définit le salarié comme étant « une personne qui travaille pour un employeur moyennant rémunération ». Cette définition contient donc nos deux premiers critères pour qualifier le statut du salarié. Toutefois, la doctrine est unanime pour affirmer qu'ils ne sont pas suffisants pour faire face aux faits et qu'il nous faut trouver d'autres critères afin d'analyser toute situation qui se présentera devant nous.

Pour Brun et Galland, le lien de subordination est l'élément spécifique et essentiel du contrat de travail, sans lequel les deux autres ne sauraient suffire<sup>(15)</sup>. En effet, par opposition au contrat d'entreprise dans lequel le travailleur garde son autonomie, dans un contrat de travail, le salarié travaille non seulement « pour » l'employeur en se mettant à son service mais il exécute le travail suivant des ordres et des directives fournis par cet employeur. Toutefois, cet élément de subordination pourra être entendu de deux manières et c'est d'ailleurs cette distinction qui crée des controverses quant à l'acceptation du lien de subordination. On peut en effet le considérer sous son aspect économique ou sous son aspect juridique.

**a) Subordination économique**

Le critère de la subordination économique présente l'avantage incontestable d'élargir le champ de la protection légale du travail et de ce fait, va permettre de secourir un très grand nombre de travailleurs que le critère de subordination juridique envisagé sous son aspect classique ne nous permettrait pas de protéger. C'est là le cas de la plupart des travailleurs qui jouissent d'une large autonomie dans l'exercice de leurs fonctions, mais qui ne peuvent profiter des avantages de la législation ouvrière parce qu'il n'y a pas de subordination juridique au sens strict et ce, bien qu'ils soient qualifiés selon les critères de la « prestation de travail » et de la « rémunération ». Pour ces travailleurs, si on qualifiait leur statut à partir de la notion économique du lien de subordination, le fait qu'ils attendent de leurs employeurs le travail qui leur permettra de vivre serait suffisant pour les placer sous la coupe du Code du travail.

(15) *Op. cit.*, p. 229.

Sur le continent européen, la doctrine a effectué un passage catégorique en faveur de cette théorie vers 1930 et la jurisprudence emboîta le pas. D'autre part, les auteurs canadiens n'ont pas encore prôné le passage à la subordination économique bien que les rigueurs d'application de la subordination juridique aient conduit à de très nombreuses critiques. Pourtant, la théorie de la subordination économique ne présente pas seulement des avantages : affirmer cela serait oublier l'imprécision dangereuse de cette théorie qui peut conduire dans la pratique à qualifier pratiquement tous les travailleurs de « salarié ». De plus, son application conduit à détériorer complètement l'idée de contrat de travail pour la remplacer par la notion de relations de travail, qui gagnerait énormément à être précisée, comme nous le verrons plus loin. À notre avis, l'accord de volontés entre l'employeur et les employés doit demeurer un principe fondamental dans les relations ouvrières; l'application du critère de la subordination économique aurait comme conséquence que l'accord des volontés serait indifférent pour déterminer le régime juridique du « salarié ».

C'est pour éviter ces faiblesses que nous rejetons ce critère. Il ne reste donc que le critère de subordination juridique.

#### b) Subordination juridique

Partant de l'analyse de la situation contractuelle créée par le contrat de travail ainsi que des rapports qu'elle va engendrer entre les parties, l'école classique a élaboré le critère de la subordination juridique. En l'absence de ce critère, selon Camerlynck et Lyon-Caen, « le contrat de travail va devenir celui qui place le salarié sous l'autorité de son employeur qui lui donne des ordres concernant l'exécution du travail, en contrôle l'accomplissement, en vérifie les résultats »<sup>(16)</sup>. Toujours selon les mêmes auteurs, « cette autorité ainsi reconnue au chef d'entreprise en régime capitaliste, constitue la contre-partie logique de l'absence de toute participation aux risques économiques assumés par le salarié dans son activité ».

Dans le domaine juridique, ce critère n'est pas nouveau. On le retrouve en effet comme un élément important dans la responsabilité de l'employeur ainsi qu'à plusieurs autres endroits. Toutefois, il ne faudrait pas oublier ici que le droit du travail est un droit particulier et que ce ne serait pas une bonne méthode juridique de transposer les notions élaborées en Droit civil dans le Droit du travail. À première vue, la notion de subordination juridique interprétée généralement en termes

(16) *Op. cit.*, p. 89.

de dépendance apparaît comme très claire mais de fait, devant la complexité des situations, elle devient très souvent d'une application toujours laborieuse et quelquefois injuste pour le travailleur, à cause de son rigorisme. Devant une telle situation, il a fallu préciser le lien de subordination qui sert lui-même de qualification pour la qualité de salarié. La doctrine et les juges ont donc décidé de classer autour de trois principes majeurs les différentes circonstances de fait de nature à caractériser le lien de subordination.

Ce furent, selon Camerlynck et Lyon-Caen, « la constatation de faits concernant la condition respective des deux parties et les conditions d'exécution du travail »<sup>(17)</sup>.

#### 1. La condition respective des parties

Dans ce principe, les tribunaux devront tenir compte du comportement de l'employeur comme bénéficiaire de la prestation de travail. On va de plus en plus tenir compte de la condition sociale du travailleur, de son degré de dépendance économique, ainsi que des liens personnels pouvant exister entre les deux parties. Les éléments tirés de ces observations qualifieront le statut du travailleur d'une façon certaine, lorsqu'ils auront tous été réunis, et on pourra alors reconnaître au travailleur soit la qualité de salarié, soit au contraire celle d'entrepreneur.

#### 2. Les conditions d'exécution du travail

Selon Camerlynck et Lyon-Caen, « le travail subordonné se trouve normalement accompli au lieu et suivant l'horaire prescrits, par un salarié travaillant seul sans auxiliaire rémunéré par lui, avec un matériel et des matières premières ou produits fournis par l'employeur ou sous son contrôle »<sup>(18)</sup>. C'est donc dire qu'au niveau de ce principe de qualification, la doctrine veut qu'afin de prouver la subordination de l'employé à l'employeur, on analyse le lieu de travail, l'horaire de travail, l'absence de personnel salarié dépendant du travailleur, la fourniture de matériel, de matières premières par l'employeur, l'exclusivité, la direction et le contrôle du travail ainsi que toutes autres caractéristiques tirées des conditions d'exécution du travail. Là encore, cette démarche nous permettra de découvrir d'autres éléments qui établiront avec plus de certitude la subordination ou l'autonomie du travailleur.

A ces deux critères, il faudrait, pour respecter la théorie de Camerlynck et Lyon-Caen, ajouter le critère du mode de la rémunération qui,

(17) *Op. cit.*, p. 89.

(18) *Op. cit.*, p. 92.

selon la forme qu'il prendra, pourra quelquefois apporter un élément valable afin d'établir l'existence ou non d'une subordination.

Les critiques que l'on formule au critère de la subordination juridique envisagée sous son aspect classique portent, pour la plupart, sur le manque de souplesse et le rigorisme qui ont caractérisé cette méthode. Or, lorsque l'on envisage la subordination simplement sous l'aspect du pouvoir de commander et de diriger de l'employeur, c'est-à-dire sous la face classique, il est vrai qu'à ce moment, nous privons un grand nombre de travailleurs de la condition bénéfique de salarié. Toutefois, si on se sert de la subordination juridique telle que définie par Lyon-Caen et comprenant les résultats d'une étude sur la condition respective des parties, les conditions d'exécution du travail et la rémunération à ce moment, notre critère prévoit un aspect très pratique et permet en fait de couvrir équitablement tous les aspects de la condition d'un travailleur. En définitive, et devant l'afflux des candidats à la condition bénéfique de travailleur salarié, tout préjugé social écarté, les tribunaux auront un critère simple consacrant parfois la témérité du lien de subordination, « tel le cas du médecin salarié d'entreprise, jouissant d'une indépendance thérapeutique absolue mais soumis à une subordination administrative concernant sa présence et la tenue d'un fichier »<sup>(19)</sup>.

## Section II : La relation de travail

Nous avons dit, dans la première section, que le « contrat de travail » était le critère traditionnel de l'assujettissement d'un travailleur à la législation du travail.

Mais, comme nous le disent si bien Rivero et Savatier, « le bénéfice de la législation sociale a été étendu à des travailleurs qui n'avaient pas conclu de contrat de travail, mais paraissaient dans une situation sociale et économique semblable à celle des salariés. Ce mouvement est moins accusé, mais pourtant semblable en Droit du travail. On rencontre plusieurs techniques qui permettent de réaliser cette extension »<sup>(20)</sup>.

C'est donc dire que la théorie du contrat de travail comme critère d'assujettissement à la législation du travail subit présentement un déclin. Cela est dû principalement au fait que le législateur est intervenu très souvent dans les rapports de travail et a progressivement vidé le contrat de travail de son contenu. Cela est aussi dû au fait que les

(19) Camerlynck et Lyon-Caen, *op. cit.*, p. 99.

(20) *Op. cit.*, p. 243.

rapports de travail d'individuels qu'ils étaient au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle sont devenus collectifs et par là, amenuisaient encore le contenu du contrat de travail.

C'est pourquoi plusieurs auteurs et principalement les Allemands, qui ont toujours été à l'avant-garde en matière syndicale, ont conçu une nouvelle théorie ayant pour but de servir de critère de l'assujettissement d'un travailleur à la législation ouvrière. Cette théorie est connue sous l'appellation de « la théorie de la relation de travail » et elle s'est développée en deux étapes.

**Para. I : 1<sup>re</sup> étape : Caractère civiliste de la « Relation de travail »**

Les instigateurs de cette théorie furent deux juristes allemands : Meuger et Gierke. Ils refusaient de ramener les rapports de travail entre l'employeur et les employés à de simples obligations de donner et de faire. Pour eux, ces rapports relevaient du droit des personnes et non pas du droit des obligations car « l'entrée de l'ouvrier, disent-ils, fait naître des relations humaines, que l'on ne peut soumettre aux règles établies pour des contrats patrimoniaux »<sup>(21)</sup>.

Cependant, ces auteurs considéraient toujours ces rapports de travail comme étant soumis au Droit civil. Ce n'est qu'à partir de 1914, nous dit Paul Durand, qu'on pensa à détacher la relation de travail du contrat de travail et à ne plus voir dans la validité de ce contrat une condition nécessaire à l'application du droit du travail<sup>(22)</sup>.

C'est surtout à partir de l'application de la législation du travail en dehors du contrat de travail que la doctrine s'est préoccupée de trouver un principe juridique qui expliquerait ces dérogations au contrat de travail. La théorie de la « relation de travail » était née.

**Para. II : 2<sup>e</sup> étape : Caractère social de la « Relation de travail »**

En 1922, un juriste allemand, Potthoff, a opposé radicalement la « relation de travail » au « contrat de travail ». Selon sa conception, ce n'est pas seulement un fait juridique (ex. : contrat de travail) qui unit le salarié à l'employeur, mais c'est une « association de travail » dont les parties sont inséparables les unes des autres et tirent leur valeur de leur union. L'entreprise forme un ensemble organique, soumis à un statut par le droit du travail. A côté des règles applicables au contrat, il en

(21) Von Gierke, *Der Entwurf eines Bürgerlichen, Geretzluches und des Deutsche Recht* 1889. Cité par Paul Durand, *Précis de Droit du Travail*, DALLOZ, 1950, tome II, p. 200.

(22) Paul Durand, *op. cit.*, p. 202.

est d'autres qui ordonnent cette société<sup>(23)</sup>. Pour Potthoff, la relation de travail existera, même si le contrat de travail est nul, car une partie de la législation sociale s'appliquera quand même. Cependant, il existe dans sa théorie un dualisme, car le contrat de travail coexiste avec la relation de travail. Mais cette théorie était encore flottante, car le principe de base de cette théorie — association de travail — n'était pas assez précisé.

Par la suite, la doctrine allemande a voulu combattre ce dualisme et présenter un système complet de la relation de travail. Cependant, les conceptions des divers auteurs présentent des différences sensibles. Toutefois, il est possible de dire, pour expliquer cette théorie telle qu'éditée par la doctrine contemporaine, que « la relation de travail se forme par l'entrée de l'ouvrier dans la communauté d'établissement qui est créée au moment où le travailleur est incorporé dans l'établissement, i.e. lors du début du travail. À partir de ce moment, le salarié est exclusivement soumis au statut objectif de la communauté . . . Tous les rapports juridiques unissant les parties résultent d'une seule source : le droit de la société professionnelle »<sup>(24)</sup>.

Le seul rôle du contrat de travail est donc de faire entrer le travailleur dans la communauté; une fois qu'il y est entré, il n'est plus régi par un contrat mais par le droit de la société professionnelle. Le contrat de travail est donc un contrat préliminaire; il peut aussi cependant jouer un rôle, lorsque l'employeur et le travailleur concluent une convention particulière dans le but d'instaurer un régime plus favorable au salarié que celui prévu par la loi ou la convention collective.

C'est de cette théorie allemande qu'a été tirée la théorie française de l'institution, et on peut faire la transposition en Droit français de la théorie de « la relation de travail ». Cette théorie a surtout comme avantage de montrer que le rôle du contrat de travail s'amenuise de plus en plus et qu'il ne doit pas être considéré comme unique critère de l'assujettissement du travailleur à la législation du travail.

À notre avis, le critère de la « relation de travail », à la condition qu'il soit étudié plus profondément et qu'on connaisse bien tous les aspects juridiques de la « communauté de travail », pourrait servir à déterminer si le droit du travail s'applique à tel ou tel travailleur car il suffirait alors de se demander s'il fait partie de telle communauté de travail. Il faudrait donc qu'on explicite plus ce qu'on entend par

(23) H. Potthoff: *Revue Arbeitsrecht*, 1922, p. 274, cité par Paul Durand, *op. cit.*, p. 203.

(24) P. Durand, *op. cit.*, p. 206.

« communauté de travail », « droit de la société professionnelle » et « critère dans la communauté », pour qu'on puisse se servir de cette théorie comme la source de la détermination du statut de salarié.

On n'a pas parlé de cette théorie dans notre jurisprudence et dans notre doctrine. C'est pourquoi, à notre avis, il faut donc se rapporter au contrat de travail pour trouver les critères de détermination du statut de salarié.

## Chapitre II

### **Les critères de la détermination du statut de « salarié » selon la jurisprudence**

#### **Section I : Énoncé des critères**

Le problème de la qualification du statut de salarié a été présenté à maintes reprises devant les tribunaux québécois, et ce, la plupart du temps sous l'optique de la distinction entre le « salarié » et « l'indépendant contractor ». Les décisions des juges relativement à ce problème manquent complètement d'unité et on ne peut malheureusement retrouver une jurisprudence constante qui aurait force de loi. En plus des critères « prestation de travail » et « rémunération » fournis par le législateur et dont quelquefois on ne tient même pas compte, les juges des cours tant de droit commun que d'exception en ont fait ressortir plusieurs autres : mentionnons entre autres la subordination juridique, la fourniture d'équipements, la durée du contrat, la liberté du contractant, l'autorité, la discrétion, le risque de pertes, la chance de projet qui furent employés les plus souvent.

L'arrêt *Foods Drivers v. J. J. Joubert* (25) est celui qui nous semble le plus intéressant du fait que le juge Gold y a fait une étude approfondie des arrêts antérieurs sur le sujet.

Dans cette affaire, il fallait savoir si les distributeurs de lait engagés par la compagnie étaient des salariés, alors qu'ils devaient acheter uniquement les produits de cette compagnie et vendre uniquement ceux-ci; qu'ils devaient retourner et décharger chaque jour les produits non vendus; que le camion devait porter le nom de la compagnie, devait être assuré dans une compagnie déterminée, ne pouvait être utilisé que pour

---

(25) C.R.T., 30 avril 1965: Décisions sur les conflits de Droit dans les Rapports de Travail.

les livraisons; que la compagnie pouvait assurer le camion si le distributeur ne le faisait; que le distributeur devait maintenir un « livret de vente »; que le distributeur devait garder le camion en bonne condition et payer les réparations; que l'achat du camion était financé par la compagnie. Le tribunal en est venu à la conclusion que les distributeurs de lait étaient des contracteurs indépendants.

Pour le juge Gold, le but recherché dans l'interprétation de l'article 1 (m) du Code du travail « is to maintain the traditional distinction between employee and independent contractor ». Pour arriver à ce résultat, il étudie successivement chacun des critères employés.

Parmi ceux qui reviennent le plus souvent, on retrouvera le critère de la « subordination juridique ». Toutefois, ce critère fut très souvent analysé en fonction du droit civil tel que le démontrent les références du juge Gold aux arrêts *Drouin v. Desautels*<sup>(26)</sup>, et *Mattocks v. Super-test Petroleum Corporation Ltd.*<sup>(27)</sup>; c'est donc dire qu'à ce moment on interprète la relation employeur/salarié en fonction de la relation commettant/préposé, attitude que nous ne pouvons que déplorer.

Toutefois, la jurisprudence a heureusement tenté d'analyser le critère de subordination juridique en fonction du droit du travail proprement dit. C'est ainsi que dans l'arrêt *Lambert v. Blanchette*, le juge Howard analyse la subordination juridique sous l'aspect que l'employeur garde un droit de contrôle non seulement sur le travail fait mais aussi sur les moyens employés pour effectuer le travail.

"The employer and this is an especially important factor, must retain the power not only of supervising the work generally, but also of controlling it both as to the method or means of doing it, and time or times at which it shall be done."<sup>(28)</sup>

D'autre part, pour le juge Rinfret dans *Québec Asbestos Corp. v. Couture*<sup>(29)</sup>, la subordination juridique et le droit pour l'employeur de donner des ordres quant à la façon d'effectuer le travail requis. Ce même critère interprété à peu près de la même façon revient également dans *Côté et al. v. Rhéault*<sup>(30)</sup>, et dans un arrêt non rapporté de la Commission des Relations du travail<sup>(31)</sup>,

Toujours relativement à ce critère, les cours des autres provinces canadiennes se sont également arrêtées à l'étude de ce critère sans toute-

(26) [1955] C.S., 123.

(27) [1941] C.S., 154.

(28) [1926], (40) B.R., 370, 376.

(29) [1929] S.C.R., 166.

(30) [1962] B.R., 797.

(31) [1963] L.R.B., n° 7893.



fois plus de succès que les juges québécois. Sous le nom du « Right of control test », les juges du « Common Law » ont caractérisé la subordination juridique en droit que

"This test is based on whether the person for whom the individual perform services has retained control not only over the result to be achieved, but also over the manner in which the work is to be performed. The resolution of this question depends on the facts of each case and no one factor is determinative."<sup>(32)</sup>

Ce critère est également repris dans de nombreux arrêts des tribunaux d'exceptions de l'Ontario, de l'Alberta et de la Saskatchewan. Mentionnons entre autres les arrêts *Canada Bread Co. Ltd.*<sup>(33)</sup>, *Willow Bunch School Unit No. 4*<sup>(34)</sup>, *Dairy & Poultry Cooperative Marketing Ass. Ltd.*<sup>(35)</sup>. De fait, la multitude d'arrêts se servant de ce critère ne peuvent que lui donner une valeur juridique quasi-certaine.

Parmi les autres critères employés par la jurisprudence, mentionnons que l'arrêt *Lambert v. Blanchette*<sup>(36)</sup>, emploie en plus les critères de la rémunération de la propriété, de l'équipement, de la durée du contrat ainsi que le fait pour le travailleur de pouvoir s'engager ou non des aides. Ces critères sont repris en Ontario dans l'arrêt *Canada Bread Co. Ltd.* et partiellement dans quelques autres.

D'autre part, la jurisprudence américaine n'est pas plus explicite sur le sujet. On emploiera quelquefois le critère du droit de l'employeur à contrôler l'accomplissement matériel du travail. Par la suite, c'est aussi le fait que le travailleur réunisse certaines conditions rendant l'application du National Labour Relations Act souhaitable, ces conditions étant l'inégalité des parties en présence, les liens de dépendance économique, la possibilité de négociations collectives, etc. D'autre part, le juge Reid de la Cour Suprême des États-Unis dans *United States of America v. Silk*<sup>(37)</sup>, dit que :

"It is the total situation, including the risk undertaken, the control exercised, the opportunity for profit from sound management that marks these driver-owners as independent contractors."<sup>(38)</sup>

Toutefois, dans l'affaire *J. J. Joubert*, le critère qui emporte le tout a été emprunté à l'arrêt *Montréal v. Montreal Locomotive Works Ltd. et al.*<sup>(39)</sup>

(32) *Canada C. Ltd.*, [1946] C.C.C.H., L.L.R., p. 16478.

(33) [1958] C.C.H., 1955-9.

(34) [1960] C.L.L.C., 859.

(35) [1961] C.L.L.C., 944.

(36) 40 B.R. 370, 7.

(37) 331 U.S. 704, 716.

(38) 331 U.S. 719.

(39) [1947] (I) D.L.R., 161, 169.

Dans ce jugement du Conseil Privé, Lord Wright donne quatre critères qui sont : control, ownership of the tools, chance of profit, risk of loss. Le juge Gold, dans l'affaire J. J. Joubert, applique donc ces contrôles à la situation de fait tel que l'ont fait auparavant les juges dans l'arrêt *Bakery Confectionnery Workers (International Union of America) v. Canada Bread Ltd.* (40)

Ces critères sont en effet séduisants mais toutefois, nous ne pouvons nous empêcher de sursauter en considérant qu'originellement, Lord Wright s'en était servi pour déterminer si la compagnie *Montreal Locomotive Works Ltd.* était ou non un « agent of the Crown ». Nous voyons donc très mal le passage fait entre un problème de droit administratif tel que traité dans de nombreux arrêts des plus hauts tribunaux du pays et un problème de droit du travail. Même si ces critères ont une valeur certaine, on ne peut se surprendre de la technique juridique employée par les commissaires de la C.R.T. Considérant une telle attitude, il ne faut pas se surprendre de l'interprétation à laquelle les commissaires arrivent dans l'affaire J. J. Joubert. À la suite de ce travail, nous sommes à même de constater que l'absence de critères bien définis constitue un obstacle à qualifier le statut de « salarié », mais cela ne peut servir de justification à des fautes de méthodologie juridique.

La jurisprudence ne peut donc nous apporter que des embryons de solutions qui, de plus, manquent d'unité. Nous pouvons tout de même résumer la situation en rassemblant les critères de la jurisprudence sous le thème général de la subordination juridique.

## **Section II : *Appréciation des critères***

Comme nous venons de le voir, la question de la détermination du statut de salarié a soulevé beaucoup de problèmes dans la jurisprudence, et cela est dû en particulier à l'imprécision des termes employés par le législateur.

Les critères qui nous sont fournis par la jurisprudence, et que nous venons d'examiner, sont les mêmes que nous a fournis la doctrine, mais la jurisprudence ne les a pas envisagés dans la même optique.

En effet, dans la plupart des cas, on a considéré le lien de subordination en se basant sur la conception civiliste du lien de préposition, sans toujours prendre en considération que le contrat de travail ne doit plus être considéré comme un contrat de louage de services mais bien

---

(40) *Op. cit.*, note 33.

comme un contrat qui est réglementé dans son exécution par le Droit du travail, et que par conséquent, ce contrat doit être interprété selon les principes généraux du Droit du Travail et plus particulièrement par les critères que nous avons énumérés au premier chapitre.

En effet, la jurisprudence considère une foule de critères pour savoir si le contrat intervenu entre un travailleur et un employeur est un contrat de travail, sans toutefois montrer et expliquer les diverses relations qui doivent exister entre ces critères. Cela a comme conséquence de donner une interprétation beaucoup trop rigoureuse au contrat de travail car on applique les divers critères, et particulièrement le critère du lien de subordination dans une optique restrictive, et la plupart du temps, civiliste.

Cela est particulièrement bien illustré dans deux décisions de notre jurisprudence, où la question de la détermination du statut de salarié était la question principale.

Dans l'arrêt J. J. Joubert<sup>(41)</sup> les commissaires ont employé quatre critères pour déterminer le statut des distributeurs : le premier est le « control » ou « lien de subordination », et ils ont dit que la compagnie n'avait pas de contrôle sur les distributeurs car ces derniers n'avaient pas d'instructions quant à la manière d'exécuter leurs fonctions; le deuxième critère a été « ownership of the tools », dont on a dit qu'il était évident que les « outils » étaient la propriété des distributeurs; le troisième critère employé par les commissaires fut « chance of profit », et on a dit que les revenus des distributeurs dépendaient de leur travail car ils pouvaient tout faire pour les augmenter, en vendant plus de produits de la compagnie; et le quatrième critère fut « risk of loss », et on a dit que les distributeurs supportaient le risque de voir résilier leur contrat si leurs ventes n'étaient pas suffisantes.

Les commissaires en sont donc venus à la conclusion que les distributeurs de lait étaient des contracteurs indépendants, et qu'ils n'étaient pas assujettis aux règles du Droit du travail.

Il convient de remarquer que les commissaires ont rejeté le critère de la « subordination économique », parce qu'il comprenait, comme l'a dit le juge Gold, à la fois le salarié et le contracteur indépendant.

Nous voyons donc que les commissaires n'ont considéré ces critères que d'une manière superficielle, sans essayer d'établir les relations entre eux. À notre avis, si on avait employé dans cet arrêt les critères de la doctrine tels que nous les avons expliqués, il aurait été possible d'en

---

(41) N° 1638-10: Décisions sur les conflits de Droit dans les Rapports de Travail.

conclure que les distributeurs étaient des salariés si on avait considéré le lien de subordination, et plus particulièrement la condition respective des parties (employeur bénéficiaire de la prestation de travail — condition sociale des distributeurs — peut-être même le degré de dépendance économique des distributeurs); les conditions d'exécution du travail (la vente du camion est une vente conditionnelle — obligation de s'assurer dans une compagnie déterminée — tenue d'un livret de vente — remise des produits non vendus à la compagnie chaque jour).

L'autre décision est celle rendue dans la cause de l'Association professionnelle des enseignants de la Mauricie et les Commissaires d'écoles pour la municipalité de Saint-Alexis-des-Monts<sup>(42)</sup>.

Il s'agissait dans cette affaire de déterminer en premier lieu si les religieuses employées par la Commission scolaire étaient des « salariées » au sens du Code du travail et, en deuxième lieu, si ces religieuses pouvaient faire partie d'un syndicat d'enseignement.

La première question nous intéresse donc au plus haut point, et les commissaires en sont venus à la conclusion que les religieuses en question étaient des salariées au sens du Code du travail. Pour ce faire, ils ont analysé la nature du contrat intervenu entre la Commission scolaire et la Corporation « Les filles de Jésus », et ensuite, ils ont analysé la nature des rapports juridiques qui liaient les religieuses à la Corporation des « Filles de Jésus ».

Les commissaires en sont venus à la conclusion que, par le contrat entre la Commission scolaire et la Corporation, cette dernière s'engageait, en tant que Corporation, uniquement à placer les religieuses pour enseigner. En tant que représentante de ses membres, la Corporation les engageait individuellement lorsqu'elle les avait désignées à l'exécution de la convention passée en leur nom et pour leur compte. A l'appui de cette dernière assertion, les commissaires en sont venus à la conclusion que la Corporation possède le pouvoir de représenter de plein droit ses membres dans tout acte dont l'objet est conforme aux fins qu'elle poursuit, et dont l'éducation en est une.

C'est donc dire, concluent deux des commissaires, que l'objet de la convention passée entre l'intéressée et la Corporation, agissant au nom de ses membres, était de la nature d'un contrat de travail et qu'il s'ensuit qu'entre les religieuses désignées et la Commission scolaire, il s'établit des relations d'employeurs à employés.

Après cela, deux des commissaires se demandent si ces relations

---

(42) [1966] R.D.T., 88.

d'employeurs à employés permettent de conclure que les religieuses sont des « salariées » au sens du Code du travail. Les deux commissaires, en prenant les diverses caractéristiques du contrat de travail, tel que rémunération, prestation de travail, subordination juridique, en arrivent à la conclusion que les religieuses sont des salariées.

Le troisième commissaire en arrive à la même conclusion, mais pour des motifs qui nous paraissent beaucoup moins juridiques.

Cet arrêt fait bien voir que juridiquement c'est le contrat de travail qui doit être envisagé pour déterminer le statut de salarié, et on semble y avoir donné une meilleure étude du lien de subordination correspondant en partie à celle que nous donnent les auteurs.

À la suite de ces deux arrêts, nous pouvons dire que la jurisprudence semble considérer le lien de subordination comme un des critères essentiels à la détermination du statut de salarié, mais qu'il demeure encore, dans la jurisprudence, une hésitation sur le sens et la portée de ce critère.

### **Conclusion**

Cette étude du statut de « salarié » a démontré que le texte du Code du travail relativement à la définition du mot « salarié » était insuffisant et qu'il gagnerait beaucoup à être précisé en y ajoutant la reconnaissance officielle pour le législateur du critère de la subordination juridique, tel qu'interprété par Camerlynck et Lyon-Caen.

Une telle attitude du législateur pourrait permettre d'étendre sur le plan juridique l'application des lois ouvrières à tous les travailleurs qui en ont besoin et d'autre part d'exclure ceux qui sont vraiment des entrepreneurs indépendants, mandataires ou associés.

Cependant, considérant l'évolution sociale qui se manifeste de plus en plus dans notre société québécoise, il nous apparaîtrait nécessaire que la théorie de la Relation de travail soit étudiée plus particulièrement et que le législateur en vienne dans un avenir plus ou moins rapproché à se servir de cette théorie comme principe à l'édification d'un nouveau système de Droit du Travail, basé sur la « communauté de travail » formée de patrons et de salariés, et non pas basé uniquement sur l'association de salariés.